



Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

**GRANDI TRANSIZIONI,
VULNERABILITÀ
E RUOLO DEL DIRITTO**

**LES GRANDES TRANSITIONS,
VULNÉRABILITÉS
ET RÔLE DU DROIT**

a cura di

*Luisa Antonioli, Monica Cardillo,
Odile Delfour Samama,
Frantz Mynard, Cinzia Piciocchi*



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Il volume raccoglie i contributi del secondo incontro italo-francese, tenutosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 4 e 5 luglio 2024, in tema di Grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto, analizzando come quest'ultimo affronti molteplici forme di vulnerabilità nella dimensione locale, nazionale, transnazionale e internazionale.

The book is a collection of articles presented at the second Italian-French meeting, held at the Faculty of Law of the University of Trento in July 2024, devoted to the issue of Great transitions, vulnerability and the role of law, analysing the role of law in tackling the multiple forms of vulnerability at the local, national, transnational and international level.

Le volume réunit les contributions de la deuxième rencontre italo-française, qui s'est tenue à la Faculté de droit de l'Université de Trente les 4 et 5 juillet 2024, sur le thème des Grandes transitions, de la vulnérabilité et du rôle du droit. Il analyse comment ce dernier aborde les multiples formes de vulnérabilité aux niveaux local, national, transnational et international.

Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

97

La collana ospita atti di convegni, seminari e workshop organizzati dalla Facoltà, offrendo una panoramica su temi giuridici emergenti e interdisciplinari. I volumi includono contributi di accademici, professionisti e studiosi internazionali, trattando argomenti che spaziano in tutti i campi del diritto. Ogni volume è sottoposto a un rigoroso processo di peer review e viene pubblicato in Open Access.

Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

Comitato scientifico

Il Comitato scientifico della collana coincide con il Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

Al fine di garantire la qualità scientifica della collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un referee esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del referee nei confronti di autori/autrici e curatori/curatrici.

**GRANDI TRANSIZIONI,
VULNERABILITÀ E RUOLO DEL DIRITTO**

**LES GRANDES TRANSITIONS,
VULNÉRABILITÉS ET RÔLE DU DROIT**

a cura di

Luisa Antonioli

Monica Cardillo

Odile Delfour Samama

Frantz Mynard

Cinzia Piciocchi

Università degli Studi di Trento



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Pubblicato da
Università degli Studi di Trento
38122 Trento | via Calepina, 14
tel. 0461 283016 - 281722
casaeditrice@unitn.it

grafica di copertina
Cristina Pellegatta

© 2025 Gli autori/le autrici

ISSN 2284-2810
ISBN 978-88-5541-123-3
DOI 10.15168/11572_463217



L'edizione digitale è rilasciata con licenza Creative Commons
Attribuzione-NonCommerciale-NonOpereDerivate 4.0 Internazionale.

INDICE

	Pag.
Introduzione.....	1

PARTE I

VULNERABILITÀ ECONOMICO SOCIALE

Dominique Gaurier-Hoeffliger	
<i>La vulnérabilité des équipages des navires mérite-t-elle des formes de compensation?</i>	9
Jean-Baptiste Masméjan	
<i>La lutte contre la vulnérabilité sanitaire et sociale a l'étranger: l'exemple des œuvres de bienfaisance a la nouvelle-Orléans (XIX^e siècle-1914).....</i>	35
Sam Bouvier	
<i>La socialisation des droits de l'homme: une adaptation du droit de la Convention EDH aux situations de vulnérabilité sociale</i>	55
Walid Ben Hamida	
<i>La vulnérabilité de l'Etat dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement.....</i>	69
Caterina Bergomi	
<i>Regards juridiques de l'Union Européenne sur les enjeux de durabilité. Premières réflexions sur le rôle de la comparaison dans la durabilité à l'échelle internationale et supranationale</i>	81
Thibault Gisclard	
<i>La réparation des dommages causés par l'intelligence artificielle dans les diagnostics médicaux. Comparaisons franco-italiennes.....</i>	103

	Pag.
Christian Zendri	
<i>Biens communs et règles communes. Entre nouvelles transitions, nouveaux problèmes et solutions anciennes</i>	125
Rym Fassi-Fihri	
<i>Les nouvelles vulnérabilités numériques saisies par le droit: bilan et perspectives.....</i>	137

PARTE II VULNERABILITÀ AMBIENTALE

Frantz Mynard	
<i>Introduction historique à la réduction de la vulnérabilité des territoires aux risques littoraux</i>	163
Vittorio Cama	
<i>Vulnérabilités environnementales et transition: quel rôle pour le droit pénal?.....</i>	181
Rossella Bottoni	
<i>Religioni, giustizia climatica e tutela dei soggetti vulnerabili: i popoli indigeni nel magistero della Chiesa cattolica</i>	203
Odile Delfour Samama	
<i>Les vulnérabilités océaniques face au changement climatique. L'avis consultatif du Tribunal International du Droit de la Mer sur le changement climatique et le droit international.....</i>	237
Philippe Marc	
<i>Les débits objectifs d'étiage (doe), indicateurs de vulnérabilité de la ressource en eau en période d'étiage l'exemple du district Adour-Garonne.....</i>	267
Paul Damiba	
<i>Les savoir-faire traditionnels d'adaptation aux changements climatiques à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme au Sahel: cas du Burkina Faso</i>	291

	Pag.
Silvia Pietrini	
<i>Efficacité économique et protection de l'environnement: un couple impossible? Le droit antitrust face au défi d'innover son appareil conceptuel et méthodologique.....</i>	317
Geoffroy Herzog	
<i>Activisme présidentiel et vulnérabilité des transitions démocratiques dans les pays d'Europe centrale et orientale.....</i>	349
Alice Brites Osorio	
<i>Faire la paix avec le vivant: une perspective juridico-anthropologique de la justice transitionnelle.....</i>	371

PARTE III

VULNERABILITÀ, ISTITUZIONI E DEMOCRAZIA

Mathias Revon	
<i>L'illibéralisme: un révélateur de la vulnérabilité des démocraties libérales.....</i>	395
Francesca Oliosi	
<i>Per Dio! (?). Il ruolo delle religioni, da acceleratori del conflitto a strumento di interfaccia di traduzione, per una transizione dalla "religiosizzazione dei conflitti culturali" alla "culturalizzazione dei conflitti religiosi"</i>	413
Damien Bonnerot	
<i>La vulnérabilité, le principe de précaution et les responsabilités en Europe globalisée</i>	449
Luisa Antonioli, Cinzia Piciocchi	
<i>Conclusioni. Le grandi transizioni e la vulnerabilità: il ruolo del diritto in tempi di incertezza</i>	465

APPENDICE

Alessio Claroni

Présentation du volume «Numérique & environnement» (L. Antonioli, M. Cardillo, F. Cortese, L. de Carbonnières, F. Mynard, C. Piciocchi)..... 473

RIASSUNTO - ABSTRACT - RÉSUMÉ..... IX

RIASSUNTO - ABSTRACT - RÉSUMÉ

Riassunto

Il volume raccoglie i contributi del secondo incontro italo-francese, tenutosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 4 e 5 luglio 2024, in tema di Grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto, analizzando come quest'ultimo affronti molteplici forme di vulnerabilità nella dimensione locale, nazionale, transnazionale e internazionale.

Il lavoro è caratterizzato da un approccio multidisciplinare e plurilingue, attraverso un confronto fra saperi giuridici diversi, che affrontano il tema nella sua complessità, utilizzando diverse prospettive, in particolare quella comparata e storica, con un'analisi che dà conto della dimensione poliedrica e dinamica del diritto a livello europeo, ma anche di altre tradizioni giuridiche e nella loro dimensione transnazionale e globale.

Il libro è articolato in tre ambiti della vulnerabilità: quelle di tipo economico-sociale; quelle ambientali; quelle riguardanti la democrazia, la giustizia e la sicurezza (anche in riferimento al ruolo della religione e della cultura), per cercare di cogliere la varietà e la ricchezza del tema e l'interconnessione dei diversi aspetti.

Il volume identifica una serie di linee comuni ai diversi temi: la continua evoluzione del contenuto e del ruolo del diritto in risposta a sfide e contesti variabili; la tensione dinamica fra il diritto e gli elementi extra-giuridici dei fenomeni sociali; il collegamento fra la dimensione globale e locale dei fenomeni giuridici; l'accelerazione dei cambiamenti che generano nuove forme di vulnerabilità e nuove sfide per il diritto; la centralità della tutela dei diritti fondamentali, articolati secondo le specificità dei diversi contesti.

Oltre ad utilizzare un approccio multidisciplinare, comparato e storico, i contributi del volume propongono un'analisi di tipo sia descrittivo che prescrittivo, arricchendo il dibattito di specifici temi giuridici con la proposta di interventi che possono consentire una regolamentazione più puntuale ed efficace di vari aspetti della vulnerabilità.

Abstract

The book is a collection of articles presented at the second Italian-French meeting, held at the Faculty of Law of the University of Trento in July 2024, devoted to the issue of Great transitions, vulnerability and the role of law, analysing the role of law in tackling the multiple forms of vulnerability at the local, national, transnational and international level.

The volume applies a multidisciplinary and multilingual approach, through a dialogue among different legal areas, which tackles the complexity of this subject through various perspectives, in particular the comparative and historical ones, taking into account their European, transnational and global dimension.

The book is divided in three parts, concerning three aspects of vulnerability, in order to reflect the multi-faceted and dynamic nature of the subject: economic and social; environmental; vulnerability concerning democracy, justice and security (comprising also the role of culture and religion).

The volume identifies some common themes: the evolution of the law in response to different contexts and challenges; the dynamic tension between law and other mechanisms regulating social phenomena; the relationship between the local and global dimension of legal phenomena; the increasing acceleration of change that causes new forms of vulnerability and new challenges for legal regulation; the crucial role of fundamental rights protection, taking into account the specificities of the different contexts.

Beside their multidisciplinary, comparative and historical approach, the contributions of the volume provide both a descriptive and prescriptive analysis, proposing specific interventions that can lead to a more accurate and effective regulation of different aspects of vulnerability.

Résumé

Le volume réunit les contributions de la deuxième rencontre italo-française, qui s'est tenue à la Faculté de droit de l'Université de Trente les 4 et 5 juillet 2024, sur le thème des Grandes transitions, de la vulnérabilité et du rôle du droit. Il analyse comment ce dernier aborde les multiples formes de vulnérabilité aux niveaux local, national, transnational et international.

L'ouvrage se caractérise par une approche multidisciplinaire et multilingue, à travers un dialogue entre différents savoirs juridiques, qui traitent le sujet dans toute sa complexité, en adoptant diverses perspectives, en particulier comparatives et historiques. L'analyse met en lumière la dimension polyédrique et dynamique du droit au niveau européen, ainsi que dans d'autres traditions juridiques, dans leurs dimensions transnationales et globales.

Le livre est structuré autour de trois grands domaines de vulnérabilité: les vulnérabilités socio-économiques; les vulnérabilités environnementales; celles liées à la démocratie, à la justice et à la sécurité (y compris en ce qui concerne le rôle de la religion et de la culture), afin de saisir la richesse et la diversité du sujet ainsi que l'interconnexion de ses différents aspects.

Le volume identifie plusieurs lignes directrices communes aux différents thèmes: l'évolution constante du contenu et du rôle du droit en réponse à des défis et contextes changeants; la tension dynamique entre le droit et les éléments extrajuridiques des phénomènes sociaux; le lien entre les dimensions globale et locale des phénomènes juridiques; l'accélération des transformations générant de nouvelles formes de vulnérabilité et de nouveaux défis pour le droit; la centralité de la protection des droits fondamentaux, articulés selon les spécificités des différents contextes.

INTRODUZIONE

Il presente volume raccoglie i contributi presentati e discussi nel secondo incontro italo-francese, tenutosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 4 e 5 luglio 2024. Il tema prescelto per l'evento, *Grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto*, è estremamente ampio, e consente di sviluppare analisi articolate e plurali, che riguardano fenomeni di grande rilevanza e attualità negli attuali studi giuridici.

Si tratta di una scelta ponderata e radicata: la Facoltà di Giurisprudenza di Trento è risultata vincitrice di un importante progetto nell'ambito dei finanziamenti dei progetti di eccellenza finanziati dal Ministero dell'Università e della ricerca per gli anni 2023-2027, che riguarda proprio il ruolo del diritto nell'affrontare le molteplici forme di vulnerabilità. L'obiettivo del progetto è di studiare ad ampio raggio le nuove forme di vulnerabilità (ambientale, sociale, economica, culturale, ecc.) nella loro dimensione locale, nazionale, transnazionale e internazionale, valutando la capacità del diritto di rispondere efficacemente alle nuove sfide locali e globali, e anche i limiti e le lacune che richiedono di lavorare per l'elaborazione di nuovi principi, nuovi concetti e nuove regole.

Se la vulnerabilità è parte della stessa natura umana, come ricordava Martha Nussbaum (richiamata da Rym Fassi-Fihri), perché designa la possibilità stessa di essere feriti, il diritto è chiamato a farsi carico di tale possibilità, con interventi che di essa tengano conto.

La discussione con i partner francesi (le Università di Lille, Limoges e Nantes) ha confermato la centralità del tema, e ci ha convinto a puntare su di esso per sviluppare la collaborazione e la discussione fra le nostre strutture.

La scelta di questo tema si colloca inoltre in piena continuità con quello del precedente incontro, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Limoges (6-8 luglio 2022), dedicata al rapporto fra diritto e transizione digitale e ambientale: anch'esso, infatti, ha riguardato fenomeni che si caratterizzano per l'impatto dirompente sul-

le società contemporanee, per la rapidità dei cambiamenti e per la scala globale dei loro effetti (seppure declinati secondo specificità locali), sviluppando delle riflessioni riguardo al ruolo svolto dal diritto nell'affrontare e regolare le transizioni e garantire la tutela dei diritti¹.

Abbiamo quindi ritenuto che il tema delle vulnerabilità e del ruolo del diritto nell'affrontarle consentisse di approfondire ulteriormente l'analisi congiunta, estendendola a nuovi aspetti. Anche dal punto di vista metodologico si è confermata l'impostazione originale del progetto, caratterizzata da un approccio multidisciplinare e plurilinguista. Multidisciplinare, perché siamo convinti che solo il confronto fra saperi giuridici diversi consenta di analizzare compiutamente la complessità di questo tema, utilizzando diverse prospettive, in particolare quella comparata e storica, per comporre un'analisi che, pur non potendo essere esaustiva, dia comunque conto della dimensione poliedrica e dinamica del diritto. Non ci si è quindi limitati ad analisi dedicate al diritto italiano e francese, ma si è voluto inserirle in un contesto più ampio, non solo a livello europeo, ma anche di altre tradizioni giuridiche e della loro dimensione transnazionale e globale. Plurilinguista, perché fin dall'inizio il progetto ha riconosciuto che l'uso delle lingue proprie degli studiosi (italiano e francese) è una ricchezza e non un ostacolo, che consente un confronto comparato anche di tipo linguistico. Lingua e diritto sono infatti un binomio inseparabile, e il confronto fra i propri linguaggi giuridici (oltre che con la lingua franca internazionale, l'inglese) ha indubbiamente arricchito il dibattito e i risultati ottenuti.

Sulla base di queste premesse abbiamo quindi invitato i colleghi delle quattro università partner a sottoporre delle proposte di partecipazione, lanciando una *call for papers*. La risposta è stata molto positiva, con un numero elevato di proposte, estremamente varie dal punto di vista dei temi e degli approcci, ma al tempo stesso tutte riconducibili al *fil rouge* della vulnerabilità. Riteniamo inoltre molto positivo il fatto che vi sia stata la partecipazione di studiosi in diverse fasi della carriera

¹ Gli atti del convegno sono pubblicati in *open access* dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento e sono reperibili all'indirizzo https://iris.unitn.it/retrieve/79525d8d-2882-45e7-be06-32e38a9b564c/QUAD79-24_Anton-Card-Cort-DeCar-Myn-Pic.pdf.

scientifica: giovani dottorandi, professori ed emeriti, ciascuno dei quali ha portato la propria esperienza e visione della ricerca giuridica.

I lavori presentati e discussi hanno costituito un affresco che è riconducibile a tre filoni che riguardano le vulnerabilità: quelle economiche e sociali; quelle ambientali; quelle riguardanti la democrazia, la giustizia e la sicurezza (anche in riferimento al ruolo della religione e della cultura). Scorrendo l'indice del volume, si coglie la varietà e la ricchezza dei temi, e anche la loro interconnessione.

In particolare, nella parte dedicata alla vulnerabilità economica e sociale sono raggruppati dei contributi che analizzano un ventaglio di temi che riguardano tanto la dimensione diacronica, cioè l'evoluzione temporale, del fenomeno della vulnerabilità (si vedano i contributi di Gaurier Hoeflliger sugli indennizzi agli equipaggi delle navi; quello di Masméjean sulle organizzazioni caritatevoli a New Orleans nel XIX secolo; quello di Zendri sul ruolo dei beni comuni in chiave storica e la loro utilità contemporanea), quanto quella sincronica, esaminando delle tematiche che investono il diritto nazionale (il contributo di Gisclard sul risarcimento dei danni causati dall'uso dell'intelligenza artificiale in campo medico in Francia e Italia), quello europeo (il contributo di Bouvier sugli aspetti sociali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; quello di Bergomi sul concetto di durabilità dei beni nel diritto UE; e quello di Fassi-Fihri sulle nuove forme di vulnerabilità digitale) e anche internazionale (il contributo di Ben Hamida sugli squilibri di potere negli arbitrati riguardanti gli investimenti internazionali).

La sezione riguardante la vulnerabilità ambientale riguarda una delle sfide epocali del nostro tempo, che investe trasversalmente tutti gli aspetti del vivere sociale, e di conseguenza pone un ventaglio amplissimo di problemi giuridici. I contributi del convegno ne mettono a fuoco alcuni particolarmente significativi, che evidenziano i nessi con temi apparentemente lontani: per esempio, il contributo di Bottoni sul ruolo della religione nel garantire la giustizia climatica per i popoli indigeni; quello di Damiba sulle potenzialità dei sapere tradizionali per combattere il cambiamento climatico nella regione del Sahel; quello di Pietrini sull'utilizzo delle regole in materia di antitrust per fini di tutela ambientale; e quello di Cama riguardo al ruolo del diritto penale nel garantire

la transizione verde. Accanto a questi, si trovano dei contributi che riguardano temi più classici della protezione ambientale, come quello della protezione delle (e dalle) acque. In questo filone si inseriscono i contributi di Mynard sulle tecniche di riduzione dei rischi ambientali per i territori litorali; quello di Delfour Samama su cambiamento climatico e vulnerabilità degli oceani; e quello di Marc sui meccanismi di monitoraggio e gestione delle risorse in tempi di magra dei corsi d'acqua.

Infine, nella sezione riguardante il rapporto fra vulnerabilità, istituzioni e democrazia si trovano riuniti dei lavori che riguardano la dimensione strutturale di questo trinomio, quali quelli di Bonnerot sul ruolo del principio di precauzione nel diritto europeo e la sua proiezione nel contesto globale; quello di Brites Osorio sugli aspetti giuridici e antropologici della giustizia transizionale; quello di Oliosi sul ruolo delle religioni quale strumento di comunicazione nei conflitti. A essi si affiancano alcuni lavori incentrati sull'analisi delle crisi che sorgono dalla vulnerabilità istituzionale e democratica: quello di Revon analizza l'illiberalismo come fenomeno distorsivo della democrazia, mentre il contributo di Herzog focalizza il ruolo dell'attivismo presidenziale nella crisi democratica dei paesi dell'Europa centro-orientale.

Complessivamente, i contributi del volume forniscono un mosaico di immagini che, pur essendo molto variegato, mostra regolarità e punti focali. I lavori, infatti, non solo analizzano partitamente alcuni temi di notevole interesse, ma evidenziano anche i nessi della vulnerabilità con altri concetti di grande rilevanza, quali quelli della sostenibilità, delle transizioni e delle crisi. La varietà dei contributi è sottesa quindi da una serie di linee comuni: la continua evoluzione del contenuto e del ruolo del diritto in risposta a sfide e contesti variabili; la tensione dinamica fra il diritto e gli elementi extra-giuridici dei fenomeni sociali; il collegamento fra la dimensione globale e locale dei fenomeni giuridici; l'accelerazione dei cambiamenti che generano nuove forme di vulnerabilità e nuove sfide per il diritto; la centralità della tutela dei diritti fondamentali, articolati secondo le specificità dei diversi contesti. L'urgenza delle questioni poste dall'attualità attraversa i contributi, che considerano spesso la pervasività degli aspetti tecnologici e ambientali. La varietà dei temi e delle analisi viene quindi ricondotta a delle linee comuni attraverso un approccio multidisciplinare, comparato e storico. Vi è infine

un apporto delle analisi dal punto di vista della dimensione descrittiva e prescrittiva, arricchendo il dibattito non solo attraverso lo studio di specifici temi giuridici, ma anche la proposta di interventi che possono consentire una regolamentazione più puntuale ed efficace, affrontando gli aspetti normativi della vulnerabilità.

Vogliamo in apertura richiamare quali siano, sulla base delle premesse che hanno portato all'iniziativa, i risultati che abbiamo raggiunto, e quali siano le prospettive future della nostra collaborazione accademica internazionale. Riteniamo che i lavori del convegno e gli scritti che ne sono derivati siano importanti non solo perché si occupano di temi di indubbia rilevanza pratica e teorica, e di grande attualità. Essi rispondono anche a una necessità di confronto fra diverse prospettive giuridiche e fra sistemi giuridici, e costituiscono un esempio di approccio critico e aperto. La multidisciplinarietà, il metodo comparato e il multilinguismo costituiscono strumenti preziosi per l'analisi di temi che sono contraddistinti a un tempo da specificità dei contesti locali e da dinamiche globali.

Inoltre, i lavori per il convegno e la pubblicazione hanno ancora una volta dimostrato l'importanza della discussione scientifica aperta per la costruzione di reti di ricerca transnazionali, che coinvolgano a tutto campo studiosi senior e junior, e anche il personale amministrativo. La nostra volontà e speranza è che in futuro le attività congiunte possano avere anche una ricaduta sulle attività didattiche delle università partner, anche attraverso le collaborazioni che sono state istituite attraverso il programma Erasmus. Infine, la pubblicazione in *open access* del volume (come è accaduto anche per il primo incontro) mira a rendere accessibili e fruibili i risultati a un pubblico più ampio, stimolando la creazione di una rete internazionale estesa di studiosi che si possano confrontare sulle sfide giuridiche attuali di carattere transnazionale.

Nel frattempo, sono già iniziati i lavori per l'organizzazione della prossima edizione dell'incontro, che si terrà nel 2026 presso l'Università di Nantes, che proseguirà le attività seguendo l'impostazione e gli obiettivi iniziali.

L'organizzazione del convegno e la pubblicazione degli atti non sarebbero stati possibili senza la collaborazione di molte istituzioni e persone. In primo luogo, ringraziamo le Università partners (Università di

Trento, Lille, Limoges e Nantes), e in particolare le rispettive Facoltà/Dipartimenti/Centri per aver sostenuto sia scientificamente che finanziariamente l'iniziativa². Inoltre, il progetto ha beneficiato di un finanziamento da parte dell'Università italo francese (nell'ambito del bando programma 2° Label scientifico UIF/UFI 2023).

Ringraziamo infine tutti coloro che hanno contribuito alla buona riuscita del progetto: i colleghi che hanno partecipato al convegno e che hanno contribuito al volume, nonché il personale delle segreterie delle università che hanno consentito l'organizzazione dell'evento, e anche la pubblicazione in *open access* del volume.

² In particolare, la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ha contribuito alle spese di organizzazione del convegno attraverso i fondi del Dipartimento di eccellenza 2023-2027 finanziati dal Ministero dell'Università e della Ricerca.

PARTE I

VULNERABILITÀ ECONOMICO SOCIALE

LA VULNÉRABILITÉ DES ÉQUIPAGES DES NAVIRES MÉRITE-T-ELLE DES FORMES DE COMPENSATION?

*Dominique Gaurier-Hoeffliger**

SOMMARIO: 1. Le marin, un privilégié protégé des famines au regard de la population terrestre? 2. Le scorbut, une maladie du marin. 3. De quelles garanties le marin disposait-il en cas d'accidents du travail? 3.1. Les usages de la mer. 3.2. Les mesures légales relatives aux blessures et l'institution des Invalides de la marine. 3.3. L'institution des Invalides de la marine.

Résumé

Évoquer la notion de vulnérabilité à travers les équipages maritimes des temps passés, c'est souligner avant tout combien leur situation pouvait être précaire, et cela à plusieurs niveaux. Pour les marins au long cours, ces équipages pouvaient être confrontés à des alimentations embarquées parfois peu ragoutantes et peu variées eu égard à l'impossibilité de trouver des produits frais. Par ailleurs, l'eau de boisson croupissait rapidement souvent et était remplacée par différents alcools, vins ou bières, qui se conservaient globalement mieux. Ces défauts confrontaient à la longue les équipages à une maladie grave, le scorbut, dont on ne comprit qu'au XIX^e siècle qu'elle était due à un manque de vitamine C. Enfin, les travaux du bord n'étaient pas non plus sans risque et de nombreux accidents pouvaient aussi frapper ces équipages, d'où la mise en place de toute une législation royale pour instaurer progressivement une véritable protection sociale spécifique avec l'institution des Invalides de la marine, unique au sein du monde du travail dans son ensemble, qui dut attendre la fin du XIX^e siècle pour voir s'en mettre une en place.

Abstract

To evoke the notion of vulnerability through the maritime crews the past is to underline the precariousness of their position on several levels. Long-distance sailors often faced unpleasant and monotonous provisions, because of the impossibility of finding fresh food. Furthermore, drinking water was quickly con-

** Maître de Conférences HDR émérite Centre de droit maritime et océanique Nantes Université.*

taminated and therefore often replaced by various alcohols, wines or ales, which had longer shelf-lives.

Over time, these conditions exposed crews to a serious disease, the scurvy which was only understood in the 19th century to be caused by a deficiency in vitamin C. Lastly, the work aboard ships could also be dangerous and many accidents could happen. For these reasons, French royal legislation gradually established a form of social protection through the institution of the Invalids of the Navy. The institution was unique within the world of labor, awaiting implementation until the end of the 19th century.

Riassunto

Evocare la nozione di vulnerabilità attraverso gli equipaggi marittimi del passato significa sottolineare la precarietà della loro posizione su più livelli. Per i marinai di lungo corso, il cibo a bordo poteva essere poco appetibile e poco vario, data l'impossibilità di reperire prodotti freschi. Inoltre, l'acqua potabile spesso ristagnava rapidamente e veniva sostituita da vari alcolici, vini o birre, che in genere si conservavano meglio. A lungo andare, queste condizioni espongono gli equipaggi a una grave malattia, lo scorbuto, che solo nel XIX secolo si capì essere causato da una carenza di vitamina C. Infine, anche il lavoro a bordo delle navi poteva essere pericoloso e potevano verificarsi molti incidenti. Infine, anche il lavoro a bordo delle navi non era esente da rischi e numerosi incidenti potevano colpire questi equipaggi; da qui l'introduzione di tutta una serie di leggi reali per istituire gradualmente un vero e proprio sistema di protezione sociale specifico con l'istituzione degli Invalides de la Marine. Questa istituzione, unica nel suo genere nel mondo del lavoro, rimase in attesa di essere attuata fino alla fine del XIX secolo.

S'il est coutumier de parler des risques de mer à l'égard des expéditions maritimes de quelque ordre qu'elles soient, on a sans doute eu trop tendance à oublier que ces risques pesaient également très lourd sur les équipages eux-mêmes. Ces risques étaient de toutes sortes, accidents du travail, approvisionnement en nourritures, maladies consécutives à des défauts vitaminiques, voire des noyades qui faisaient suite à des échouages de vaisseaux sur des écueils.

Le métier de matelot n'était donc pas de tout repos et surtout d'une pleine sécurité, à un point tel que ceux-ci formaient un monde assez fermé au regard du monde terrestre des paysans, en raison de l'incompréhension courante qui séparait les mondes de la mer et les mondes de la terre.

La marine ancienne est restée pendant très longtemps un monde très aléatoire et ce ne fut que tardivement que les conditions d'exercice du métier de marin s'améliorèrent tant sur le plan de la prise en compte de la santé générale des matelots qu'avec les progrès de la science médicale qui permirent de parer aux maladies qui pouvaient affecter les marins au long cours, notamment avec la meilleure connaissance des causes du scorbut. Aussi a-t-il fallu permettre et assurer aux marins d'avoir certaines sécurités et autres compensations pour pallier les inconvénients d'un métier difficile qui était exercé dans des conditions souvent également très difficiles.

1. Le marin, un privilégié protégé des famines au regard de la population terrestre?

Il n'est pas rare que des famines aient affecté les populations terrestres, ne serait-ce qu'en raison de conditions climatiques qui affectaient les récoltes et pouvaient causer des renchérissements considérables des céréales, qui constituaient la principale ressource des populations terrestres. Hormis les voyages au long cours durant lesquels il pouvait arriver que l'approvisionnement en nourriture soit devenu difficile pour être dans l'impossibilité de trouver quelque endroit où renouveler son approvisionnement, le matelot était généralement garanti de trouver toujours à bord de quoi s'alimenter, d'autant que les travaux à assumer à bord étaient souvent très consommateurs d'énergie.

On sait que, dans l'Antiquité, les navires, souvent très réduits en espace, ne permettaient guère d'embarquer des vivres et qu'ils étaient conduits à naviguer sans trop s'éloigner des côtes afin d'assurer le renouvellement des vivres pour l'équipage. Ils ne pratiquaient guère la navigation au long cours et s'il leur fallait traverser la Méditerranée pour se rendre en Égypte, ils devaient respecter les périodes de navigation les plus favorables en été et en automne pour ne pas avoir à affronter les tempêtes en Méditerranée.

Ce ne fut donc que lorsque commencèrent les premières expéditions au long cours avec Vasco de Gama, Christophe Colomb ou Amerigo Vespucci que se posa de façon cruciale la question des vivres sur les

navires, même si la question avait été abordée dans les textes coutumiers dès la fin du XII^e et dans le XIII^e siècle. On voit ainsi le jugement 17 des Rôles d'Oléron préciser:

Les matelots de Bretagne ne doivent recevoir qu'un repas par jour, au moyen de ce qu'ils ont du vin en allant et en revenant. Ceux de Normandie doivent en avoir deux, parce qu'il ne leur est fourni que de l'eau en allant: mais dès que le navire est arrivé dans un lieu qui produit du vin, ils ont droit d'en demander et le patron doit leur en fournir. C'est le jugement dans ce cas¹.

La deuxième disposition est portée dans le jugement 33 qui précise: «Il est ordonné et établi comme coutume de la mer que, si un marchand a frété un navire, le patron doit lui fournir chaque jour la nourriture suffisante (...)»².

Un autre texte important est le *Consolato del mare* ou *Consulat de la mer*, également du XIII^e siècle³, dont le chapitre 100 fournit d'assez amples renseignements sur la «nourriture que le patron doit donner aux matelots»; citons-en le texte:

Encore, tout patron d'un navire ou d'une barque qui a tillac doit donner à manger à tous les matelots, trois jours par semaine de la viande, c'est-à-dire le dimanche, le mardi et le jeudi; les autres jours de la semaine, il doit leur donner le potage, et tous les soirs de quoi accompagner le pain; et aussi, trois fois le matin, il doit leur faire donner du vin; et de même, il doit leur en faire donner tous les soirs. Ce qui doit accompagner le pain consistera en fromage ou des oignons, ou des sardines ou autres poissons.

¹ J.-M. PARDESSUS, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, Paris, 1831, t. 1, pp. 335-336.

² J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, p. 345.

³ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, p. 24 ss. Le collecteur de ces textes, à défaut de pouvoir précisément déterminer le *terminus a quo* qui permettrait d'établir une origine certaine, est plus précis en ce qui concerne le *terminus ad quem*: il fait état de la plus ancienne loi concernant les assurances maritimes, l'ordonnance des magistrats de Barcelone de 1435 et tire la conclusion que, si le contrat d'assurance avait été pratiqué lors de la rédaction de cet ouvrage, elle n'eût pas manqué d'en faire état; or, il n'en est nulle part question, ce qui ne s'expliquerait pas autrement, eu égard au soin avec lequel la collection examine les usages du commerce maritime, que par une antériorité de rédaction.

Encore, le patron doit donner du vin, s'il ne vaut pas plus de trois besants et demi. S'il trouve des raisins secs ou même des figues, il doit en faire du vin; et s'il ne trouve pas de raisins secs ni de figues, ou que la mille role de ces choses coûte plus de trente millaresos, le patron ne doit pas leur donner de vin. En outre, le patron est tenu de doubler la ration aux matelots dans les fêtes solennelles. En outre, il doit avoir des serviteurs pour apprêter le manger des matelots⁴.

Le chapitre suivant vient encore donner une limitation à l'obligation du patron en précisant qu'il n'a pas d'obligation à nourrir les matelots «quand ils ne couchent pas à bord»⁵.

Point n'est besoin de multiplier les exemples, dont on peut cependant tirer trois leçons importantes. La première consiste en un traitement différent des marins selon leur origine, ce qui semble bien ressortir à une coutume ancrée: les matelots normands, sans doute à raison d'une sobriété plus grande, ont droit à deux repas par jour là où les matelots bretons, plus enclins à consommer du vin, n'ont droit qu'à un seul, outre le vin que le patron s'engage cependant à leur fournir. Cette différence de traitement était susceptible de provoquer bien des inconvénients quand l'équipage d'un vaisseau se composait de marins normands et bretons. On souhaite que les patrons de l'époque aient perçu cette difficulté et se soient préoccupés de n'embarquer que des équipages de l'une ou de l'autre origine. Toutefois, elle a très probablement disparu au XVI^e, quand il devint plus facile de s'approvisionner en vin dans un très grand nombre de ports, où qu'ils aient été situés.

Concernant la boisson, l'eau était amenée à croupir à bord et devenait ainsi totalement impropre à la consommation si elle n'était pas régulièrement renouvelée, d'autant que les tonneaux dans lesquels elle était conservée n'étaient guère assainis ou nettoyés. Aussi préférait-on les boissons alcoolisées qui se conservaient mieux en raison de leur degré d'alcool. À cet égard, en raison de la provenance des navires il s'agissait ou bien de la cervoise et le cidre, notamment dans les régions du nord, ou bien de vin surtout dans les régions viticoles qui ne recouvraient alors pas tout à fait celles que nous connaissons aujourd'hui, bien évidemment.

⁴ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, pp. 136-137.

⁵ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, chapitre 101, p. 137.

Enfin, si le marin semble correctement nourri, ce qui est essentiel eu égard à la force exigée pour les manœuvres du bord, on ne peut pas dire que l'ordinaire soit très varié. Une fois les viandes et autres poissons embarqués épuisés, quand le ravitaillement en produits frais est impossible durant un voyage au long cours, le repas consistait essentiellement en un potage dans lequel on trempait le biscuit. Il pouvait s'agir d'une forme de ragoût de légumes secs, auxquels on pouvait mêler des légumes frais s'il y en avait, des poissons pêchés ou prélevés furtivement dans les filets ou sur les cordes d'autrui⁶, que l'on épaississait en y faisant tremper le biscuit qui aurait été autrement inconsommable, pour être trop dur. Il semble que l'on comptait trois pains par jour et par homme et que, quand il y avait de la viande ou du poisson à bord, il ait fallu compter un quartier de viande et une barrique de hareng pour cinquante hommes pour une durée de quatre jours. La matière grasse n'était pas absente puisque l'on voit certains navires, selon leur région

⁶ Le *Coutumier d'Oléron* comporte un article 156 qui évoque clairement cette situation. En voici le texte, dans la traduction qu'en a donnée J.-H. WILLISTON in *Le Coutumier d'Oléron - édition et traduction annotée*, Société des Antiquaires de l'Ouest (Collection des archives historiques du Poitou LXII), 1992, p. 172: «Si l'on prend du poisson dans les filets d'autrui – Si des navires naviguent sur la mer et qu'il y ait des filets dans la mer et que les hommes du navire lèvent les filets et en prennent le poisson, tant qu'ils trouvent les filets sans garde et sans homme qui leur vende le poisson, ils peuvent le prendre, disent les uns. Et d'autres prétendent que ceux du navire font assez s'ils remettent les filets sans en faire d'autre restitution. Et d'autres disent encore que ceux du navire devraient plutôt lier solidement aux filets autant d'argent que vaudrait honnêtement le poisson et je m'accorde mieux avec ce dernier raisonnement d'attacher l'argent au filet, car nul ne doit prendre le fruit d'autrui sans l'en récompenser». On peut aussi trouver ce texte dans *The Black Book of the Admiralty*, ed. par Sir Travers Twiss, reprinted Professional Books, Abington 1985, vol. 2, chap. LXXVII, p. 373. Dans ce même ouvrage, on voit aborder cette même question du vol des filets ou des nasses dans une série d'articles postérieurs (probablement du début du XV^e) et faisant suite à l'enquête qui avait été commandée par le roi d'Angleterre Edouard III à Queensborough en 1375: «Item, soit enquis de tous petites felonniez emblants en ports ou sur la mer (...) ou emblent ou coupent sur la mer rees (rets) ou levant tawes (nasses ou paniers)», vol. 1, pp. 148-150 (pour le texte en français). Faut-il voir dans tous ces ragoûts que l'occasion permettait d'apprêter l'origine de la recette fameuse de la bouillabaisse marseillaise, de la chaudière de Boulogne ou encore de la godaille bretonne?

d'origine, embarquer des barattes de beurre ou des tonneaux d'huile d'olive.

Durant la période moderne, on assiste à une monotone continuité. La source qui est la plus riche, si ce n'est presque unique en la matière, appartient au droit hanséatique. C'est en effet dans l'un des recès⁷, celui établi en 1530, que l'on trouve des données qui vont nous intéresser. Il existe plusieurs articles dans ce règlement que nous allons reproduire ici.

Article IX:

Item. Tout patron devra, suivant les anciens usages, nourrir les gens de son équipage à bord du navire, en leur donnant les jours gras, pour mets bouillis, du lard et des pois, ou autres mets et de la viande de bœuf; les jours maigres, du gruau, des haricots ou autres mets bouillis et de deux sortes de poissons salés, tels que des harengs, des merluches ou du cabillaud⁸.

Article X:

Item. Lorsque le patron arrivera dans un port où l'on peut trouver à acheter de la viande ou du poisson frais, le patron pourra en acheter et le servir à table suivant sa convenance; mais nul n'aura le droit de l'y contraindre, sous peine de 10 marcs d'amende.

Article XXI:

Item. On devra aussi s'abstenir dans les navires de toute espèce de discours grossiers et d'excès de boisson; on ne devra point également y

⁷ Un recès est un cahier qui contient les résolutions prises par une assemblée, comme celle que formait les représentants des villes commerçantes de la Hanse Teuto-nique. On sait que cette association remonte au traité passé entre Hambourg et Lubeck en 1241 pour se protéger contre les pirates de la mer Baltique et défendre leurs franchises contre les empiètements des seigneurs. Cette ligue a comporté jusqu'à quatre-vingts villes à l'époque de sa plus grande prospérité pour finalement être dissoute en 1630 et réduite aux seules villes allemandes. Les députés des cités se réunissaient au sein d'assemblées générales tenues à Lubeck pour y arrêter les règlements maritimes qui s'étagèrent ainsi de 1369 à 1614, cette dernière compilation formant un véritable code maritime en 15 chapitres.

⁸ Une même disposition se retrouve dans une ordonnance de 1542 applicable à la ville de Lubeck, à l'article X, J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 3, p. 428.

faire d'orgies avec des hommes et des femmes, ou autrement, sous peine d'être puni par le vénérable sénat; et le contrevenant à cet article sera en outre passible envers le patron d'une amende de 3 marcs⁹.

Article XXVIII:

Item. Aucun matelot ne devra non plus importuner le cuisinier, afin de manger hors des temps fixés pour les repas réguliers; et si quelqu'un se permettait d'en agir ainsi, il sera passible, envers le vénérable sénat, d'une amende de 5 marcs: si le cuisinier auquel le matelot s'est adressé ne le dénonçait pas et que le vénérable sénat vînt à en être instruit, il sera condamné à une amende de 10 marcs.

Il n'est peut-être pas inutile de dire à l'occasion de la disposition de ce dernier article qu'on en trouvera une autre, presque similaire, dans l'Ordonnance française concernant la marine militaire de 1689, qui porte en son article 6 du Livre IV, titre III:

Défend à tous mariniers, matelots, de prendre du pain ou autres viuelles, et de tirer aucun breuvage sans la permission du maître ou dispensier proposé pour la distribution des vivres, à peine de perte d'un mois de leurs loyers, et de plus grande punition s'il échoit¹⁰.

Article XXIX:

Item. Si quelqu'un des hommes de l'équipage méprisait et dépréciait la nourriture fournie par le patron, bien qu'elle fût irréprochable, et que le patron avec son propre équipage pût l'attester, le patron pourra mettre cet homme à terre et ne sera pas tenu de lui donner de gages¹¹.

⁹ Une même disposition sera reprise dans d'autres recès, celui de 1572 à l'article XXIX, puis celui de 1591 à l'article XXXII, enfin celui de 1614, tit. IV, art. VIII; J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, pp. 506, 517 et 539. Voir aussi le t. 3 qui rapporte une même mesure dans l'ordonnance de 1542 applicable à Lubeck, art. XXV, p. 431.

¹⁰ Cité in P.B. BOUCHER, *Institution au droit maritime*, Paris an XII (1803), nb 670, p. 190. On notera que le *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789* d'Isambert, Decrussy et Taillandier, Paris 1830, n'a pas jugé bon de reprendre ce texte, cf. t. 20, p. 73 note 1.

¹¹ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, pp. 491 et 497. Mesure identique dans l'ordonnance de 1542 applicable à Lubeck, art. XXXIII, t. 3, p. 434.

Il est par ailleurs interdit à quiconque de déprécier les menus du bord sous peine d'amende, ainsi que de manger en dehors des périodes établies.

Il reste que le fondement de la nourriture du bord demeure le biscuit, sur lequel tous doivent se replier lorsque les autres vivres viennent à manquer. Ce biscuit n'est pas cuit deux fois, comme le fait penser son appellation, mais seulement plus longtemps.

Il s'agit d'une

Petite galette ronde ou carrée, d'un poids d'environ un quart de kg, faite avec de la farine de froment de première qualité (...). Le biscuit doit être sec, cassant, avoir peu de mie et se gonfler dans l'eau sans se partager ni s'émietter (...). Quand il est de bonne qualité et bien préparé, il se conserve à bord plus d'un an¹².

La question principale est de savoir le conserver le plus longtemps possible, afin qu'il ne pourrisse pas dans un milieu toujours humide, ou ne soit pas gagné par les vers.

On a fort peu d'informations sur les vivres que pouvaient charger les navires. Néanmoins, l'ouvrage de J. Bernard, *Navires et gens de mer à Bordeaux (vers 1400 - vers 1550)*¹³ a relevé quelques indications utiles: il évoque l'avitaillement d'un grand navire pratiquant le cabotage, venu d'Ecosse en passant par Newcastle et Hull et se dirigeant vers Bordeaux en 1459, l'Anthoine de Hull, qui embarqua pour six mois de vivres avec 5 tonneaux de farine et de biscuit, 10 tonneaux de viande salée et 13 tonneaux de poisson salé. A la même époque, un autre navire, le Sacre, de la rivière de Seudre, armé en guerre avec quatre-vingt-dix hommes à bord, embarquait 350 quintaux de biscuit, 45 tonneaux de vin, 40 «coustes de lart», 5 bœufs (sur pied), 1000 poissons secs, 6 barils de «pezeaulx» (des pois), 3 barattes de beurre, une barrique d'huile, 400 livres de chandelle (dont on espère qu'elle ne faisait pas partie des menus quotidiens).

¹² P.M.J. DE BONNEFOUX, E. PARIS, *Dictionnaire de la marine à voile* (édité en 1857), rééd. La Fontaine au Roi, Paris 1987, p. 102.

¹³ Cet ouvrage a été édité aux éditions S.E.V.P.E.N., Paris, 1968, en deux volumes.

En ce qui concerne les breuvages embarqués, le même Anthoine, originaire de Hull, avait à son bord 20 tonneaux d'eau, auxquels s'ajoutaient 30 autres tonneaux de vin. En 1439-1440, un autre navire, le Cristofre de Dartmouth, s'était avitaillé à Bordeaux de 54 pipes de bière pour un équipage de quatre-vingt-quatorze marins. On peut trouver aussi de la «pomade», c'est-à-dire un produit fabriqué à partir de la pomme que l'on peut croire être du cidre, d'usage fréquent tant chez les Bretons que chez les Normands. C'est en tout cas le vin qui était le plus apprécié et il fallait alors, pour un équipage d'une dizaine d'hommes pendant un mois, environ un tonneau, équivalant à environ 900 litres; ainsi, la ration journalière était de 3 litres de vin par jour et par homme. Les terre-neuvas embarquaient une pipe de vin (qui correspond à environ 420-450 litres si l'on s'arrête à la mesure commune de Saumur) par homme pour une durée de voyage de cinq à six mois¹⁴.

Un danger demeure cependant qui guette l'ensemble des équipages au long cours, le scorbut.

2. *Le scorbut, une maladie du marin*

Le nom de la maladie vient de l'islandais *skyrbjûgr* qu'utilisaient les marins norvégiens à l'époque médiévale pour désigner la maladie dont étaient atteints les marins au long cours, repris par les Hollandais, les Allemands et enfin, par les Français sous le nom de scorbut. Les premières descriptions en ont alors été faites à la Renaissance, le mal mortel ayant été désigné sous le nom de *scorbutus*. L'étymologie du mot n'est pas sans intérêt: il est en effet composé de deux mots rajoutés l'un à l'autre: *skyr*, qui signifie lait caillé, comme nous voyons aussi être aujourd'hui appelés du même nom des fromages frais faits d'après une recette islandaise, et *bjûgr*, œdème. De fait, l'état pathologique était alors supposé avoir été causé par la consommation en trop grande quan-

¹⁴ Toutes ces données sont tirées de l'ouvrage précité de J. BERNARD, *op. cit.*, pp. 623-626. On dispose également d'une étude faite par J-J. HEMARDINQUER, *À propos de l'alimentation des marins*, in *Annales, économie, sociétés, civilisations*, 18^e année, n°6, 1963, pp. 1141-1150, qui parle de l'alimentation sur les galères de Toscane au XVI^e siècle.

tité de lait caillé pendant les expéditions normandes sur les mers de l'ancien monde. En danois, les ulcères buccaux *scorbect*.

Le mal, essentiellement terrestre, était connu depuis l'Antiquité et il est vraisemblable que sa toute première description vienne des papyrus médicaux égyptiens, dont le papyrus d'Ebers qui remonte à 1550 avant notre ère, et qui collecte des éléments remontant au début du troisième millénaire, soit entre – 2670 et – 2160. Il semble toutefois que le mal ait été avant tout un mal de terriens, dès lors que les marins de cette époque ne faisaient pas de longues expéditions et que le cabotage était la règle, permettant ainsi un approvisionnement régulier de l'équipage. Hippocrate (460-370 av. J.-C.) mentionne clairement les symptômes de la maladie qu'il appelle *convolvulus sanguineus*: «ceux qui sont atteints ont une haleine puante, les gencives mallasses et sont sujets à l'hémorragie du nez; ils ont parfois des ulcères aux jambes, lesquels cicatrisent tandis que d'autres apparaissent de nouveau. La maladie guérit difficilement et conduit souvent au tombeau¹⁵.

On trouve aussi dans l'Histoire naturelle de Pline l'Ancien cette description du scorbut qui atteint les troupes de Germanicus alors qu'elles avaient avancé au-delà du Rhin. Voici la description qu'il nous en propose:

En Germanie, alors que Germanicus César avait avancé son camp au-delà du Rhin, il n'y avait dans cette région côtière qu'une seule source d'eau douce: quand on en buvait, en l'espace de deux ans les dents tombaient et la jointure des genoux se disloquait. Les médecins appelaient ces affections "stomacée" – i.e. *affection de la bouche* – et "sclélotyrbé" – i.e. *faiblesse des genoux*¹⁶. Comme remède, on trouva une herbe appelée "britannique", salutaire non seulement pour les nerfs et les affections de la bouche, mais aussi contre les angines et les serpents. Elle a des feuilles oblongues et noires, une racine noire¹⁷. On exprime également son suc de la racine. On appelle la fleur "vibones"; si on la cueille avant d'avoir entendu le tonnerre, on est préservé de la crainte

¹⁵ Cité dans ÉLODIE ANDRE, *Le scorbut: le reour d'une maladie historique*, thèse d'exercice en pharmacie 2019 Dumas, p. 14. Voir aussi P. BERCHE, *L'histoire du scorbut*, in *Revue de Biologie Médicale*, mars 2019, p. 11.

¹⁶ Strabon, dans sa *Géographie*, XVI, iv, 24, cite aussi ces maladies lors de la campagne d'Arabie sous la conduite d'Ælius Gallus en 25-24 av. J.-C.

¹⁷ Il s'agit de la grande paille ou *rumex aquaticus*.

de l'angine toute une année. Ce sont les Frisons, nation alors fidèle, dans laquelle se trouvait le camp, qui l'indiquèrent¹⁸.

À l'époque médiévale, le scorbut reste une maladie terrestre, notamment durant les guerres liées aux croisades au XIII^e siècle. Lorsqu'il est rapporté pour la première fois, ce furent tant Jacques de Vitry, lors du siège de Damiette (1218-1219), que Joinville qui l'évoquèrent lors de la campagne d'Égypte menée par Saint-Louis pendant la 7^e croisade et la décrivirent. On pense en effet que, suivant la description qui en avait été faite par eux, ce fut bien cette la maladie qui décima alors les armées. Voici comment en parle Joinville:

Nous ne mangions nuls poissons pendant tout le carême excepté des bourbettes; et les bourbettes mangeaient les gens morts, pare que ce sont des poissions gloutons. Et à cause de ce malheur, et à cause de l'insalubrité du pays, où il ne tombe jamais une goutte d'eau, nous vont la maladie de l'armée, qui était telle, que la chair de nos jambes séchait toute, et la peau de nos jambes devenait tachetée de noir et de couleur de terre ainsi qu'une vieille botte; et à nous qui avions telle maladie, il venait de la chair pourrie aux gencives, et nul ne réchappait de cette maladie, mais il lui en fallait mourir. Le signe de la mort était tel, que quand le nez saignait, il fallait mourir¹⁹.

C'est avec les grandes expéditions maritimes à la fin du XV^e qu'il devint alors l'indésirable compagnon des expéditions au long cours.

On peut noter pour commencer que Christophe Colomb, après un premier voyage vers les Amériques, embarqua en 1494 avec 1.500 hommes, dont beaucoup tombèrent malades. Alors que l'on pensait qu'ils avaient pu être atteints par la grippe, la variole ou la dysenterie, l'analyse des squelettes montra que, pour une grande partie de ceux-ci, ils étaient poreux, portant des stries et affectés de recouvrements osseux, en outre mal cicatrisés. Tous ces signes montraient qu'à l'évidence, les hommes avaient souffert du scorbut, dès lors que le défaut de vitamine C avait entraîné un défaut de collagène dans les os.

¹⁸ PLINE l'Ancien, *Histoire naturelle*, XXV, vi (20-21), trad. Stéphane Schmitt, Pléiade Gallimard 2013, p. 1190.

¹⁹ J. DE JOINVILLE, *Histoire de Saint-Louis*, rapproché du français moderne par Nathalis de Wailly. Hachette, Paris, 1880, p. 130.

Vasco de Gama fut également confronté durant son premier voyage vers les Indes en passant par le Cap de Bonne Espérance en 1497-1498, à cette même maladie qui s'était déclarée après 3 mois de navigation: il perdit ainsi sur les 160 hommes qu'il avait dans son équipage 100 hommes, soit près des deux tiers. Dans le récit laissé de ce voyage, les symptômes sont ainsi décrits par Antão-Vas de Camões:

Leurs gencives se gonflaient, étaient déformées, la chair pourrissait à mesure qu'elle croissait. Elle pourrissait en dégageant une odeur si fétide et si affreuse que l'air en était empuanti. Nous n'avions pas d'habiles chirurgiens, ni de médecins adroits, mais sans praticien instruit il fallait bien cependant tailler et couper la chair déjà putréfiée, car quiconque l'avait, ne tardait pas à mourir²⁰.

De son côté, Jacques Cartier, lors du second voyage qu'il entreprit vers le Canada en 1535-1536, raconte qu'à Stadaconé – aujourd'hui la ville de Québec –,

la mortalité s'était mise chez ledit peuple de Stadaconé, tellement que déjà en étaient morts, par leur confession, plus de cinquante; à cause de quoi leur fîmes défense de venir à notre fort, ni autour de nous. Mais nonobstant que nous les ayons chassés, la maladie commença autour de nous, d'une merveilleuse sorte et la plus inconnue; car les uns perdaient la force de se soutenir, et leurs jambes devenaient grosses et enflées, et les nerfs se contractaient et noircissaient comme du charbon, et quelques-unes toutes semées de gouttes de sang comme pourpre; puis montait ladite maladie aux hanches, cuisses, épaules, aux bras et au col. Et à tous venait la bouche si infecte et pourrie par les gencives que toute la chair en tombait, jusqu'à la racine des dents, lesquelles tombaient presque toutes. Et tellement, se répandit ladite maladie en nos trois navires, qu'à la mi-février, des cent-dix hommes que nous étions, il n'y en avait pas dix de sains, tellement que l'un ne pouvait secourir l'autre, qui était chose piteuse à voir, considéré e lieu où nous étions²¹.

²⁰ Repris de XAVIER RIAUD dans «L'empire, les grandes expéditions maritimes, le scorbut et les dents», *Napoléon et la médecine* sur www.histoire-medecine.fr.

²¹ J. CARTIER, *Voyages en Nouvelle-France*, texte remis en français moderne par Robert Lahaise et Marie Coutirier, Cahiers du Québec/Hurtubise HMBH (1977), *Deuxième voyage 1535-1536*, p. 117.

Nous avons de nouveau là une description très précise des symptômes du scorbut, dont 25 hommes sur 110 périrent, tandis que les autres furent gravement malades.

Dans la suite de son récit, Cartier mentionne que le chef de Stadaconné, un certain, Domagaya, lui-même atteint du scorbut, avait été guéri. Interrogé, ce dernier répondit

qu'avec le jus de feuilles d'un arbre et le marc, il s'était guéri; et que c'était le singulier remède pour la maladie. Lorsque le capitaine lui demanda s'il y en avait aux alentours et qu'il lui en montrât pour guérir son serviteur, qui avait pris ladite maladie lorsqu'il demeurait en la maison du seigneur Donnacona, ne voulant pas lui déclarer le nombre des compagnons qui étaient malades. Alors ledit Domagaya envoya deux femmes avec notre capitaine, pour en quérir, lesquels rapportèrent neuf ou dix rameaux; et nous montrèrent qu'il fallait piler l'écorce et les feuilles dudit bois, et mettre le tout à bouillir dans l'eau; puis boire ladite eau, tous les deux jours; et mettre le marc sur les jambes enflées et malades; et que ledit arbre guérissait toutes les maladies. Ils appellent ledit arbre dans leur langage *annedda*²².

De fait, cette mixture contient de la vitamine C et, sans le savoir, les médecines indigènes avaient depuis longtemps constaté ses effets bénéfiques sans pour autant rien connaître de la chimie, mais d'après leur seule expérience traditionnelle. Au XX^e siècle, le professeur E.W. Mac Henry, qui avait lu les récits de Cartier, entreprit de doser la vitamine C de l'arbre et trouva que, pour 100 g d'écorce et d'aiguilles, il y avait de 20 à 30 mg de vitamine C²³.

Même si la chose reste controversée, il est généralement admis que ce fut James Lind (1716-1794), médecin de la *Royal Navy*, qui fut l'inventeur des remèdes qui permirent d'éradiquer cette maladie, mais pas totalement toutefois, puisque l'on sait qu'elle dura encore au début du XIX^e siècle lors des expéditions de Bonaparte et même jusqu'au milieu du XIX^e siècle. Il publiait en 1753 un ouvrage intitulé *A Treatise on the Scurvy*, alors qu'il avait fait son expérimentation après avoir navigué à bord du *Salisbury* dans le Golfe de Gascogne lors de la guerre

²² J. CARTIER, *op. cit.*, pp. 120-121. *Annedda* signifie «arbre de vie», appelé en latin par Cartier *atbor vitæ*, il s'agit du cèdre blanc.

²³ J. ROUSSEAU, *L'annedda et l'arbre de vie*, in *RHAF*, VIII/2, sept. 1954, pp. 171-201.

de la succession d'Autriche. Plus de 80 matelots sur 350 avaient été affectés par le scorbut. Après avoir passé en revue l'ensemble des ouvrages médicaux qui avaient abordé le scorbut, Lind en fait la description suivante, qui est à ses yeux, la seule vraiment valide:

Dans la première période, les gencives sont tuméfiées, couvertes de taches livides, et saignent facilement. Elles deviennent ensuite extrêmement putrides; l'haleine est très-puante, et les dents tombent. Dans la seconde période, le genou est la plupart du temps contracté, de sorte que le malade ne peut point étendre la jambe. On éprouve dans cette articulation et souvent dans les autres, de violentes douleurs lancinantes. Les genoux contractés s'enflent aussi, et les tendons du jarret deviennent extrêmement roides et douloureux. La peau se couvre d'extravasations bleuâtres, entremêlées de petites éruptions milliaires. Les yeux et même les autres parties du corps se couvrent, dans l'espace d'une nuit, de grandes taches livides; il semble que le malade ait reçu plusieurs contusions. Ces taches sont entièrement indolentes – i.e. *sans douleur*. Les muscles des jambes, des cuisses, et même des joues, deviennent extrêmement enflés et durs: leur dureté est quelquefois portée au dernier degré. Ces tumeurs, ainsi que les larges échymoses, ne suppurent jamais. Le poulx est fréquent, petit et dur. L'urine est rouge et dépose un sédiment épais et inégal. Si le malade continue à se nourrir d'une nourriture grossière (comme c'est le cas de plusieurs de nos soldats, faute de commodités nécessaires) la maladie parvient à son dernier période. Les gencives et les joues s'enflent prodigieusement. Les mâchoires tombent en gangrene, ou l'os maxillaire se carie: ces deux symptômes sont incurables. La respiration devient si difficile, que les malades tombent en syncope au moindre mouvement qu'ils font; que souvent ils meurent subitement en se promenant. Ordinairement cette difficulté de respirer devient extrême quelques jours avant la mort: le malade cependant n'est point tourmenté de la toux, et ne crache point. Les hydropisies de toute espèce, et les enflûres œdématisées accompagnent les derniers périodes de cette maladie. Si, lorsque le malade est couché, la tête est dans une situation déclive, le visage devient si enflé en moins d'une demi-heure, qu'il ne peut point ouvrir les yeux. Ces sortes d'enflures disparaissent souvent et reviennent. Le malade est sujet à de copieuses hémorragies du nez, en enfin à une diarrhée, ou à une dysenterie, qui souvent mènent au tombeau²⁴.

²⁴ J. LIND, *Traité du scorbut*, t. II, Chez Méquignon aîné, Paris, 1783, pp. 172-174.

Lind était persuadé que la maladie était avant tout causée par l'humidité, dès lors que celle-ci diminuait la force élastique des fibres et provoquait ainsi une moins bonne circulation, d'autant que le froid resserrait les vaisseaux sanguins, d'où les taches rouges sous la peau, suivies de gangrène.

Par ailleurs, malgré les observations qui avaient pu être faites à partir de l'expérience propre des marins, Lind s'était aussi élevé contre l'usage des légumes et des agrumes en s'appuyant sur l'exemple du siège de Thorn, tandis que les habitants ne souffrirent jamais du scorbut alors qu'ils n'avaient à disposition aucuns végétaux frais²⁵. Il voit également dans l'oisiveté et la paresse une cause possible, dès lors que marins et soldats désœuvrés et oisifs sont plus sujets à la maladie que les autres.

Il est intéressant de voir quels étaient les remèdes qu'il préconisait. Il essaya plusieurs formules, dont l'usage du vinaigre, l'élixir de viriol, mais également le jus de citron mêlé à du jus d'orange, outre l'exercice qui pouvait stopper à ses débuts le développement de la maladie et le changement d'atmosphère, permettant au marin de quitter son entrepont humide et souvent froid pour respirer un air meilleur au dehors.

Ce fut d'ailleurs ce type de considération qui incita Duhamel du Monceau à publier en 1759 à Paris ses *Moyens de conserver la santé aux équipages des vaisseaux*, dans lequel il observe que souvent les provisions du navire sont fort mal conditionnées et donc que toute l'attention doit être mise sur leur conservation et donc aussi, sur l'aération de la cale pour la maintenir «dans un état de pureté et de fraîcheur, afin qu'il ne puisse occasionner aucune fermentation»²⁶. Il voit cependant également dans l'usage du sel et des saumures l'une des causes du scorbut. On le voit aussi reprendre la recette de l'épinette, ainsi que la proposait Jacques Cartier, sur la recommandation des Indiens du Canada, avec quelques adaptations toutefois²⁷, et terminer enfin avec la pré-

²⁵ J. LIND, *op. cit.*, p. 279.

²⁶ H-L. DUHAMEL DU MONCEAU, rééd. *Connaissances et Mémoires Européennes* 1998, p. 149.

²⁷ H-L. DUHAMEL DU MONCEAU, *op. cit.*, pp. 161-166.

paration de l'extrait de limon²⁸, sans toutefois le préférer particulièrement face aux autres remèdes qu'il a proposés.

Quoi qu'il en soit, le marin était également soumis à un autre danger qui le guettait tous les jours à l'occasion de l'exercice de ses fonctions sur le navire, les accidents du travail, si l'on peut reprendre cette expression moderne.

3. De quelles garanties le marin disposait-il en cas d'accidents du travail?

Les soldats furent les premiers concernés par les premières mesures destinées à leur protection une fois le service armé achevé. Trois systèmes furent tour à tour pratiqués.

Déjà, sous Charlemagne, les guerriers impotents étaient hébergés dans les abbayes de fondation royale ou impériale, sous la dénomination de «religieux laïcs» ou d'«oblats», le pouvoir royal étant d'ailleurs souvent conduit à intervenir dans les querelles qui pouvaient naître entre «laïcs» et «religieux réguliers».

L'idée d'édifier des hôpitaux destinés uniquement aux invalides militaires avait déjà été imaginée par Philippe Auguste, mais ne fut exécutée que sous Louis IX, qui fit édifier à Paris l'hôpital des Quinze-Vingts, chargé de recueillir les chevaliers devenus aveugles pendant les croisades. Ce ne fut cependant que sous Henri III qu'en 1575, fut établie la maison de la Charité chrétienne, qui fut à la fois un hospice et un ordre militaire. Henri IV dota l'institution des confiscations et autres amendes provenant des abus et malversations. Toutefois, en 1611, après la mort du roi, décida le retour des invalides dans les monastères, mesure de nouveau abandonnée en 1618, alors que le choix était donné aux invalides d'être hébergés dans les monastères ou de recevoir une pension de 100 livres que devaient leur verser les monastères à ceux qui préféraient retourner chez eux.

En 1633, Richelieu revint à l'idée d'hospice, car il transforma la Charité chrétienne en commanderie de Saint-Louis, qui avait pour mis-

²⁸ H-L. DUHAMEL DU MONCEAU, *op. cit.*, pp. 168-171.

sion de recueillir les vieux et les estropiés de l'armée. Cependant cette commanderie ne fut jamais construite et ces vieux et autres estropiés devaient se contenter de la morte-paie, fort insuffisante pour vivre.

Cette même morte-paie trouve son origine dans la pension que Louis XI avait pensé pouvoir octroyer comme récompense aux chefs et soldats des troupes royales. Cette somme était alors payée en une seule fois et renouvelable, ou bien une terre pouvait également être donnée. Le roi François I^{er} fut le premier à mettre en place une solde pour le soldat actif et la morte-paie pour les vétérans, sorte de retraite à caractère général, sans qu'elle concernât plus particulièrement les invalides *stricto sensu*. Il reste qu'à la mort de ce roi, elle ne fut quasiment plus versée ou, si elle l'était encore, réduite à l'insignifiance, car le trésor ne pouvait supporter une telle charge sans aucune contrepartie.

On peut légitimement penser que ces mesures concernaient également les marins de la marine de guerre, bien que celle-ci fût réduite à sa portion la plus congrue durant ces périodes. Néanmoins, les usages de la mer avaient de leur côté prévu diverses dispositions concernant les marins blessés au service du navire. Successivement, seront abordés en premier lieu, les usages de la mer, en second lieu, les dispositions législatives, enfin l'institution des Invalides de la marine.

3.1. *Les usages de la mer*

Ainsi, les *Rôles d'Oléron*, que nous avons déjà rencontrés, viennent préciser dans deux articles les mesures déterminées à l'égard des marins blessés et les conditions dans lesquelles ils étaient pris en charge.

Le jugement 6 dispose en effet:

Mariners se louent o lour mestre, et ilz y ont asquns de eulx qui s'en isszent hors sans congié et s'enyvrent et font contest, et asquns de leux son nafrés; le mestre n'est mye tenu à eulx faire guarir ni à les pourvoyer de rien, ainz les poet mettre hors et louer autres en lieu de li; et s'ilz coustent plus que li le mariner le doit poyer. Ores, si le mestre trouve rienz du sien en asqun service de la neef par son commandement

et est blessé ou nafvré, il sera guarý et salve sur les coustages de la neef. Et ce est le jugement en ce cas²⁹.

En d'autres termes, le matelot qui sort du navire sans permission du capitaine et qui s'enivre alors, s'il est blessé lors d'une rixe, ce qui devait couramment arriver dans les ports, pouvait être renvoyé dans le cas où ses blessures le rendaient incapable de poursuivre son service à bord, avec en plus la charge de payer le supplément que le capitaine aura dû payer pour le remplacer. Par contre, s'il a été blessé au service du navire, ses frais médicaux seront pris en charge par le navire.

Le jugement 7 vient compléter cette mesure en ces termes:

Il advient que maladie enprent à un des compaignons de la neef, ou à deux ou à triers en faisant lor service de la neef, et ne poet pas, tanbt comme il est malade, estre en la neef, le mestre li dobt mettre hors et li querre un houstell et li querre gresset ou candele, et li bailler unb des varletz de la neef pour li garder, ou allouer une femme qui preigne garde de li, et li doit pourvoir de tielle viande comme l'en use en la neef, c'est assavoir de tenat come il prist tanbt come il feust ensdanbté et nyement plus s'il ne plaît au mestre; et s'il vult avoir viandes plus delitieuses, le mstre n'est pas tenu à li querre, s'il ne soit à ses despences; et si la neef est preste à s'en aller, elle ne doit pas demourer pour li, ainz se doit aller; et s'il guarit, il doit avoir son louer tout au long; et s'il moerge, sa femlme ou ses privés le doibvent avoir pour li. Et ce est le jugement en ce cas³⁰.

La situation est ici différente de celle du précédent article. Il s'agit là du marin qui tombe malade à bord et n'est alors plus en mesure d'assurer son service. Le capitaine doit le débarquer, ne serait-ce que pour éviter une possible contagion, lui chercher un logement et lui laisser soit un homme de l'équipage, soit une femme pour le garder, et le nourrir à ses frais comme il aurait été nourri à bord, mais rien de plus. Le navire n'attendra donc pas la guérison du malade pour partir. Si le malade guérit et peut reprendre son service, il recevra l'entièreté de son loyer, mais s'il meurt, sa femme ou ses héritiers recevront alors ses gages.

²⁹ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, p. 327.

³⁰ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, pp. 327-328.

Les jugements de Damme en Flandre reprendront dans leurs articles 6 et 7 mot pour mot ces mêmes dispositions³¹, tout comme les lois de Wisbuy dans leurs articles 17 et 18³². Enfin, le recès de 1591 des lois hanséatiques reprend également ces mêmes mesures dans ses articles 40 et 46³³.

3.2. *Les mesures légales relatives aux blessures et l'institution des Invalides de la marine*

Il faut néanmoins attendre 1681 pour qu'une mesure législative générale concernant le commerce maritime soit prise en France à l'instigation de Colbert, désireux de voir la marine marchande française prendre part au commerce maritime. Il n'est pas utile de revenir ici sur l'ensemble du travail préparatoire de ce très fameux texte³⁴, si fameux d'ailleurs qu'il fut repris par d'autres pays européens³⁵.

Il n'est pas étonnant de retrouver dans ce texte des dispositions semblables à celles qui avaient été portées antérieurement dans les différents textes coutumiers. On trouve ainsi dans l'article 11 du titre IV cette règle: «Le matelot qui sera blessé au service du navire, ou qui tombera malade pendant le voyage, sera payé de ses loyers et pansé aux dépens du navire...», toutefois ce même article continue pour préciser

³¹ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. IV, pp. 21-22.

³² E. CLEIRAC, *Us et coutumes de la mer*, par Guillaume Millanges, Bordeaux 1647, p. 170.

³³ J.-M. PARDESSUS, *op. cit.*, t. 2, pp. 519 et 521. On retrouvera de semblables dispositions dans le dernier recès de 1614, tit. XIV, art 1 et 2. Toutefois, l'article 1 ne mentionne pas le cas du marin qui sort du navire sans autorisation du capitaine et se blesse à terre à la suite d'une rixe, il ne fait que mentionner l'obligation que porte le capitaine de soigner celui qui s'est blessé au service du navire.

³⁴ On se contente ici de renvoyer au remarquable travail de J. CHADELAT, *L'élaboration de l'ordonnance de la marine de 1681*, in *Revue d'histoire du droit français et étranger*, XXXI, 1954, pp. 74-98 et 228-253.

³⁵ Elle inspira notamment le Code danois de 1683, la Pragmatique Sanction de l'ordre de Malte de 1697, l'ordonnance de Rotterdam de 1721, le Code de Frédéric-Guillaume Ier de Prusse de 1727, l'ordonnance de Bilbao de 1737, la Pragmatique du roi des Deux-Siciles de 1759, l'ordonnance de Catherine II de Russie de 1781, ainsi que le Code maritime de Venise de 1788.

que «...s'il est blessé en combattant contre les ennemis et les pirates, il sera pansé aux dépens du navire et de la cargaison». Cette seconde précision vient ainsi mettre à la charge des chargeurs et du navire lui-même.

L'article 15 de ce même titre vient compléter cette mesure en indiquant que «les loyers du matelot tué en défendant le navire seront entièrement payés, comme s'il avait servi tout le voyage, pourvu que le navire arrive à bon port».

Le grand commentateur de cette ordonnance, René-Josué Valin, donne la raison de cet usage:

C'est à cause qu'il a été ainsi blessé pour le salut commun et en contribuant par sa défense à empêcher la prise du navire; ce qui fait par conséquent une avarie grosse et commune qui doit tomber sur le navire et les marchandises³⁶.

Le premier commentateur de cette même ordonnance, Merville, va beaucoup plus loin, car il précise dans son commentaire sous ce même article 11:

Il seroit juste qu'un matelot qui, en combattant contre les ennemis ou les pirates, seroit blessé et tellement mutilé et estropié de ses membres, qu'il ne seroit plus en état de travailler et gagner sa vie, outre le paiement de ses loyers, et les pensemens et médicamens qui luy ont été fournis par le navire par le navire et la cargaison, eût quelque secours extraordinaire, comme de luy assurer le pain le reste de ses jours aux dépens du navire et de la cargaison, et Grotius dit que tel est l'usage de la République de Hollande (De jure belli ac pacis, lib. II, cap. XII, § XXV): (*notre traduction du passage de Grotius cité en latin*) En effet, les navires et ce qu'il y a dans le navire est ordinairement estimé et, à partir de ces sommes, il est fait en sorte que ce qui arrive avec un dommage, dans lequel se trouvent les dépenses des blessures, soient supportés par les propriétaires des navires et des marchandises à proportion de

³⁶ R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, liv. III, tit. IV, sous art. 11, p. 721. Le commentateur précise au même endroit que «si le matelot meurt de la blessure qu'il aura reçue en défendant le navire, ses héritiers auront ses gages en plein, conformément à l'article 15 ci-après».

ce qu'ils ont dans cette somme et cela est conforme au droit naturel lui-même³⁷.

Merville semble ici aller très au-delà de ce qu'envisageait ici Grotius, qui ne faisait que reconnaître que tout marin blessé au service du navire devait voir prendre en charge son traitement au titre des avaries communes.

Il reste que l'établissement d'un hospice pour les marins blessés au service de l'État ne déboucha que lentement sur la reconnaissance d'une forme de régime des retraites, chose que nous allons maintenant aborder.

3.3. *L'institution des Invalides de la marine*

Ce fut sous l'Ancien Régime que, de façon générale, une ordonnance du 19 avril 1670 avait prévu que «Quant à ceux qui se trouveront estropiés à l'occasion du service de S. M., elle veut qu'il leur soit payé leur vie durant deux écus par mois dont elle fera les fonds sur ses état». Sans évoquer particulièrement la situation des matelots de la Royale, cette ordonnance prévoyait à titre temporaire une mesure permettant au soldat blessé au service du roi une forme d'indemnité. L'inconvénient d'un tel système était de ne prévoir aucune contrepartie financière et faisait dépendre cette indemnité du seul bon vouloir du roi et de ses possibilités, dès lors qu'aucune forme de compensation n'était prévue pour abonder ces fonds.

Cependant, la véritable intention de Colbert devait rapidement se faire jour, mais cette fois, de façon spécifique pour la marine, ce que prévoyait un règlement du 23 septembre 1673. En voici les dispositions:

Sa Majesté veut qu'à l'avenir et à commencer du 1^{er} octobre prochain, il soit retranché six deniers pour livre sur les appointemens et soldes de tous les officiers-généraux de marine et officiers particuliers des vaisseaux, et solde des équipage qui seront entretenus à son service en la marine, pour être par lui employée ainsi qu'il est dit après. S. M. veut

³⁷ P.B. DE MERVILLE, *Ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, Paris, 1767, p. 183.

qu'il soit établi deux hôpitaux-généraux de la martine: l'un à Rochefort, pour le ponant, l'autre à Toulon, pour le levant. Que le fonds qui proviendra des six deniers pour livre soit employé à faire, dans les deux arsenaux de marine, des bâtimens pour lesdits hôpitaux, suivant les plans et dessins qui en seront arrêtés et résolus par S. M. Après que ces bâtimens seront entièrement achevés, S. M. veut que le même fonds serve perpétuellement à l'entretien et subsistance des officiers mariniers estropiés; (...) S. M. veut que dès à présent, les officiers mariniers, matelots et soldats qui seront estropiés dans les armées navales, soient mis dans les hôpitaux des villes de son royaume qui seront les plus proches des lieux où ils auront été estropiés, pour y être traités jusqu'à leur entière guérison (...); en cas qu'ils soient estropiés qu'ils ne puissent servir à aucune fonction, S. M. veut qu'ils soient nourris et entretenus dans lesdits hôpitaux leur vie durant. (...) En cas qu'aucuns desdits officiers mariniers, matelots et soldats veuillent se retirer chez eux, S. M. veut que du fonds desdits hôpitaux, il leur soit payé trois années entières de leur subsistance (...) ³⁸.

Ce fut là le point de départ de la constitution du fonds des Invalides de la Marine. Dès 1670, l'hospice des Invalides de l'armée voyait commencer sa réalisation, tandis que les hospices de Rochefort et de Toulon tardaient, d'autant que l'on savait que les hôpitaux à construire pour les marins devaient se révéler inadaptés à cette population, souvent établie avec leur famille sur des implantations à terre ³⁹. Toutefois, il fallut attendre vingt ans pour voir définitivement abandonnée cette idée ⁴⁰.

Une ordonnance du 15 avril disposa qu'en attendant la construction de tels hôpitaux, une demi-solde serait versée aux invalides, non pas à titre de droit, mais à titre de récompense pour services rendus et seulement à destination des marins de la Royale. Un arrêt du Conseil du 31 mars 1703 attribua par ailleurs la demi-solde aux marins blessés sur des

³⁸ M. WALKER, *Collention complète, par ordre chronologique, des lois, édits, traités de aïx, ordonnances, déclarations et réglemens d'intérêt général antérieurs à 1789, restés en vigueur*, Paris, 1835, t. I, p. 359.

³⁹ F. CORDON, *Les Invalides de la marine – une institution sociale de Louis XIV – son histoire, de Colbert à nos jours*, Paris, 1950, p. 22 et s.

⁴⁰ À rebours de ce qui avait été fait en Angleterre avec la construction de l'hôpital de Greenwich, fondé en 1688, tantis que les Français s'orientaient plutôt vers un système d'indemnisation que l'Angleterre n'envisagea jamais.

navires corsaires, avec pour contrepartie une retenue de trois deniers pour livre, soit 1,25%, sur le produit de la vente des prises amenées dans l'ensemble des ports français. La mesure devait être complétée par un Édit de 1709, qui diminuait le prélèvement fait sur les rémunérations des marins de tous grades, mais en étendant le versement, non plus aux seuls blessés, mais aussi à ceux qui avaient vieilli dans la profession, constituant ainsi une pension-retraite.

La Caisse des Invalides de la Marine prenait sa forme définitive et ses ressources furent accrues en réauginant les prélèvements sur les salaires des marins du commerce, mais maintenant à un niveau inférieur celles prélevées sur les soldes des marins de guerre, retenues s'appliquant également à toutes les dépenses de la marine et des colonies. En 1713, un édit du mois de mars admettait les veuves et les enfants aux distributions des allocations, créant ainsi à véritable droit à leur égard.

Il fallut néanmoins attendre le ministère du duc de Choiseul pour voir reprendre une vraie politique maritime, cependant, ce ministre n'avait pas de vrai talent financier et sa prodigalité s'étendit aux pensions versées, qui mirent bientôt en danger la santé financière de la Caisse. Son successeur au ministère de la Marine fut ainsi conduit à limiter à 1000 livres le maximum des pensions versées et à privilégier la demi-solde.

L'institution, peu avant la Révolution, connut une nette amélioration de son fonctionnement avec une ordonnance du 31 octobre 1784 qui reprit les textes antérieurs et les codifia. Elle étendait à l'ensemble des marins tant de guerre que du commerce ou de pêche, ou encore qui servaient sur les navires corsaires, la demi-solde, cependant toujours conçue comme une "gratification" et pas vraiment comme un droit.

Avec la Révolution française, les fonds accumulés par la Caisse suscitèrent bien des appétits chez les Conventionnels, mais il apparut assez tôt que l'État ne pouvait pas assurer de tels avantages sans contrepartie et une loi de mai 1791 disposait que la Caisse des Invalides et ses fonds seraient préservés, conservant ainsi les mesures adoptées avant la Révolution. Des règles nouvelles apparurent cependant: la pension de base serait limitée à 600 livres par an, avec un possible supplément pour invalidité en cas de blessures invalidantes, la demi-solde étant accordée

après trente années de service. Quant aux veuves, elles auraient droit à la moitié de la demi-solde de leurs maris, quand celui-ci est mort après l'accomplissement de son service ou lorsqu'il est mort à la guerre. Ce ne fut qu'en 1822 et en 1831 que l'ensemble de ces dispositions fut reconnu comme des droits véritables et non plus, de simples gratifications.

Sous l'Empire, la Caisse connut sans doute ses plus beaux jours, mais, en 1810, celle-ci fut placée sous la main du Trésor public qui put alors récupérer quelque 124 millions de francs. C'est sous la Restauration que la Caisse retrouva sa place dans l'administration maritime. Son opulence suscita de nouveau des appétits en 1831, mais de nombreuses résistances empêchèrent que le Trésor mette la main sur elle.

En 1841, une ordonnance royale établit que cinq catégories d'ouvriers auraient droit à la pension de retraite au titre de l'inscription maritime: (1) les charpentiers de navire, (2) les perceurs, (3) les voiliers, (4) les calfats et (5) les mécaniciens.

Alors que, sous la Troisième République, un projet envisageait de nouveau son intégration dans le Trésor, la loi de finances de 1885, qui préserva l'autonomie de la Caisse, en restreignit cependant le rôle. Les pensions militaires et celles du personnel civil du département de la Marine étaient désormais transférées au Trésor, la Caisse ne subsistant que pour les marins de la pêche et du commerce.

Avec la généralisation de la Sécurité Sociale après la Seconde guerre mondiale, la Caisse de Invalides ne constitua plus qu'une caisse spécifique, restée cependant autonome, pour la gestion des pensions et assurances sociales des professions de la marine marchande et de celle de la pêche. Son statut actuel, qui la transforme en un Établissement National des Invalides de la Marine, remonte à un décret de 1953, dont dépendent tous les marins, même ceux de la plaisance, autorisés à valider leurs services sur terre, et leurs ayants droit. Cet établissement dispose de la personnalité civile et d'une autonomie financière sous la tutelle de la direction des affaires maritimes.

Nous voici arrivés au terme de notre examen et nous pensons avoir suffisamment montré comment, très tôt, eu égard à leurs difficiles conditions de vie à bord des navires, tant les coutumes que les lois maritimes ont pu prévoir des formes de compensations au profit des marins.

La question de la nourriture et de ses déficiences en matière vitaminique, à laquelle furent confrontés de nombreux équipages au long cours qui furent ainsi décimés par le scorbut, ne connut vraiment de solution qu'une fois que le mal avait été clairement identifié. Le biscuit semble avoir été de tout temps l'aliment de base tant du marin que des soldats, notamment sous les Romains. Néanmoins, le matelot était assuré d'avoir au moins un minimum de subsistance à bord, ce qui était fort loin d'être le cas de tous les travailleurs à terre.

Par ailleurs, nous avons vu que les marins reçurent très tôt des protections spécifiques en cas de blessures reçues au service du navire et c'est ainsi que, sous Louis XIV, alors que le projet de faire construire deux hospices maritimes, finit par être abandonné, une mesure, d'abord prise au service de la marine de l'État, fut étendue à l'ensemble des marins dans la seconde moitié du XVIII tant aux marins du commerce que de la pêche, avec la caisse des Invalides, qui fut en la matière très en avance sur le monde des travailleurs à terre avec le prélèvement sur les gages d'un pourcentage destiné à abonder cette caisse afin de lui permettre de verser de vraies pensions d'invalidité, mais aussi des pensions de retraite.

En somme, la vulnérabilité du métier de marin a permis ici des progrès inédits tout à fait spécifiques au monde de la mer qui sont restés longtemps inconnus du monde des travailleurs sur la terre.

LA LUTTE CONTRE LA VULNÉRABILITÉ SANITAIRE ET SOCIALE A L'ÉTRANGER: L'EXEMPLE DES ŒUVRES DE BIENFAISANCE A LA NOUVELLE- ORLÉANS (XIX^E SIECLE-1914)

*Jean-Baptiste Masméjan**

SOMMARIO: 1. Une faiblesse institutionnelle latente. 2. Un dynamisme institutionnel révélateur d'une fragilité sociale et culturelle.

Résumé

Dès la cession de la Louisiane en 1803, une mission diplomatique s'établit à La Nouvelle-Orléans afin de défendre les multiples intérêts français. Les secours à apporter à l'importante diaspora française qui continue à affluer dans la région contribuent à les défendre en attachant les citoyens à leur mère patrie. La faiblesse institutionnelle en matière d'assistance a constitué une occasion opportune pour le consulat de soutenir directement, par la création d'une société d'assistance consulaire, puis indirectement par l'appui fourni aux multiples structures préposées à aider les Français présents dans la ville. Cependant, les grandes transitions démographiques et politiques qu'éprouve la Louisiane ont conduit à une évolution de la stratégie consulaire. Face à la part sans cesse décroissante de francophones et la politique d'anglicisation, la stratégie consulaire s'oriente vers une politique de soutien à l'enseignement de la langue plutôt que l'encouragement d'initiatives charitables à l'égard des plus démunis.

Abstract

As soon as Louisiana was ceded in 1803, a diplomatic mission was set up in New Orleans to defend the many French interests. Providing relief to the large French diaspora that continued to flock to the region helped to defend these interests, by tying citizens to their mother country. The institutional weakness in terms of assistance was a timely opportunity for the Consulate to provide support directly, through the creation of a consular assistance company, and then indirectly, through the support provided to the many structures dedicated to helping the French present in the city. However, the major demographic and

** Maître de conférences en histoire du droit à Nantes Université, laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297).*

political transitions experienced by Louisiana have led to a change in consular strategy. Faced with the ever-decreasing proportion of French speakers and the policy of Anglicization, consular strategy shifted from encouraging charitable initiatives for the less fortunate to supporting language teaching.

Riassunto

Fin dalla cessione della Louisiana nel 1803, fu istituita una missione diplomatica a New Orleans con l'obiettivo di difendere i molteplici interessi francesi. L'assistenza da fornire alla numerosa diaspora francese che continuava ad affluire nella regione contribuiva a tale difesa, rafforzando il legame dei cittadini con la madrepatria. La debolezza istituzionale in materia di assistenza rappresentò un'opportunità per il consolato, che poté intervenire direttamente con la creazione di una società di assistenza consolare, e successivamente indirettamente, sostenendo le molteplici strutture incaricate di aiutare i francesi presenti in città. Tuttavia, le grandi trasformazioni demografiche e politiche che attraversò la Louisiana portarono a un'evoluzione della strategia consolare. Di fronte alla costante diminuzione della popolazione francofona ed alla politica di anglicizzazione, la strategia del consolato si orientò verso il sostegno all'insegnamento della lingua piuttosto che all'incoraggiamento di iniziative caritative a favore dei più bisognosi.

La Nouvelle-Orléans, ancienne capitale de la Louisiane française jusqu'à sa vente aux États-Unis en 1803, a conservé des liens forts avec son ancienne métropole. L'arrivée de nombreux francophones malgré ce détachement a largement contribué à maintenir ce lien particulier¹. De plus, la situation géographique de la ville, au carrefour de plusieurs

¹ La colonie peine dans un premier temps à se peupler en raison des faibles moyens accordés à celle-ci et par le peu d'encouragements du pouvoir royal. Cependant, des séries de vagues d'émigration de francophones résultent de la conjoncture politique. Au XVIII^e siècle, beaucoup d'Acadiens, victimes du Grand Dérangement, arrivent en Louisiane. Lors de la Révolution, de nombreux réfugiés arrivent à Saint-Domingue qui est en proie à l'insurrection. Au XIX^e siècle, les vagues de peuplement proviennent également des nombreux changements politiques que connaît le pays. Arrivent tour à tour des proscrits de la Révolution, des opposants politiques à Louis-Napoléon Bonaparte à la suite du coup d'État du 2 décembre 1851, des communards, des Alsaciens-Lorrains trouvant refuge en Louisiane à la suite de la défaite de Sedan. À côté de ces réfugiés politiques arrivent des Français d'extraction modeste caressant l'espoir de faire fortune dans le Nouveau-Monde. Sur l'immigration française, voir (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, Nantes, Médiathèque de la ville de Nantes, 1992, pp. 47-49.

routes maritimes, fluviales et terrestres, lui confère une importance stratégique sur le plan économique grâce à ses échanges commerciaux avec les ports de la façade atlantique. Elle constitue aussi une porte d'entrée avec les régions de la Nouvelle-France. La ville a été jusque dans le premier tiers du XIX^e siècle la seule du sud des États-Unis à accueillir une représentation consulaire, lui attribuant ainsi un rôle central pour maintenir le lien entre la mère patrie et ses ressortissants dans cette région. Le consulat de La Nouvelle-Orléans a été créé dès la cession de la Louisiane au regard de l'ensemble des intérêts nationaux que représente cette région².

Chargé traditionnellement de la défense des ressortissants français, le consul de France de la Nouvelle-Orléans trouve un puissant relai d'institutions charitables sur place³. L'importante diaspora française présente dans la ville permet d'entretenir un lien communautaire fort, lequel se matérialise par l'organisation de multiples œuvres d'assistance aux dévotions diverses, comme l'aide aux réfugiés, les solidarités professionnelles, l'assistance médicale et l'aide sociale à l'enfance. Le fonds du consulat de La Nouvelle-Orléans aux archives diplomatiques de Nantes permet de mettre en exergue à la fois le rôle crucial de la représentation diplomatique face aux diverses vulnérabilités de ses

² Le port de La Nouvelle-Orléans fut le principal du sud des États-Unis et joua un rôle économique primordial, au point de rivaliser durant la première moitié du XIX^e siècle avec celui de New York. Grâce à sa situation géographique privilégiée, à l'embouchure du Mississippi, celui-ci voit transiter les productions agricoles arrivées en amont. Sur le trafic commercial et l'importance économique du port de La Nouvelle-Orléans, voir (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, cit., pp. 32-33. Ce rôle central invite les autorités françaises, malgré la cession de la Louisiane, à entretenir un lien étroit avec son ancienne colonie. C'est en ce sens qu'outre la présence diplomatique immédiate, le traité de cession du 30 avril 1803 accorde aux Français des privilèges commerciaux pour une durée de douze ans. Sur ce point, voir G. SIM, *La présence diplomatique et consulaire française aux États-Unis (1815-1904)*, Thèse histoire, Université de Nantes, 2017, p. 65.

³ Le consul de La Nouvelle-Orléans, à l'instar des autres agents consulaires, est préposé à la protection des intérêts tant de la colonie que des ressortissants. Ainsi, celui-ci est amené à venir en aide aux nationaux qui sont dans le besoin par une assistance directe ou indirecte. Sur la genèse des missions consulaires, voir (dir.), J. ULBERT, G. LE BOUËDEC, *La fonction consulaire à l'époque moderne. L'affirmation d'une institution économique et politique (1500-1800)*, Rennes, PUR, 2006.

ressortissants tout en permettant, par les liens qu'elle entretient avec les œuvres de bienfaisance, d'appréhender les mécanismes de solidarité communautaire.

Cependant, une telle étude n'est pas sans limites. La première concerne les déperditions significatives de documents d'archives datant de la première moitié du XIX^e siècle⁴. La seconde résulte du rôle même des missions consulaires. Ainsi, les fonds relatifs aux sociétés de secours mutuels, autonomes tant dans leur fonctionnement que sur leur financement, échappent au consul. Seules les multiples invitations faites par ces sociétés témoignent de l'attachement des Français de la colonie à celui qui incarne sur le territoire américain la métropole⁵. A contrario, les sources sont abondantes lorsque les institutions d'assistance sont susceptibles de jouer un rôle prépondérant pour les intérêts français. Tel est par exemple le cas de la Société de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans qui a érigé un hôpital chargé de soigner les sociétaires français et leurs proches, mais aussi les marins. Les relations entre les œuvres d'assistance et les agents consulaires qui se succèdent sont par ailleurs sensiblement tributaires de la conjoncture politique française et américaine.

Alors, dans quelle mesure l'action consulaire française de La Nouvelle-Orléans révèle-t-elle, par sa mission de venir en aide à ses ressortissants les plus fragiles, un dynamisme communautaire révélateur d'une certaine forme de vulnérabilité culturelle?

Malgré les lacunes des archives, il est frappant de relever que le faible nombre d'œuvres charitables dans la première moitié du XIX^e siècle témoigne d'une frilosité des néo-orléanais d'une institutionnalisa-

⁴ L'état dégradé des archives et les pertes importantes rendent plus difficile la connaissance de l'activité consulaire pour cette période. Les documents conservés les plus anciens datent de 1804 et demeurent rares. Sur ce point, voir (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, cit., p. 39.

⁵ Ces sociétés de secours mutuels semblent avoir été nombreuses. Peuvent être recensées la Société de bienfaisance des bouchers de La Nouvelle-Orléans, la Société des dames françaises de La Nouvelle-Orléans, la Société «La France». Par ailleurs, des institutions telles que «Les enfants de la France» ou encore la Société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans ont des dévolutions mutualistes. C.A.D.N. (Centre d'Archives Diplomatiques de Nantes), *Archives rapatriées du consulat de France à La Nouvelle-Orléans*, 340PO/1/422-340PO/1/424.

tion de l'assistance tant pour des raisons politiques que par une forte tradition locale (1). La guerre de Sécession conduit à un revirement de paradigme en la matière. Le consulat adopte une politique volontariste de défense de l'influence française dont les structures d'assistance sont les relais (2).

1. Une faiblesse institutionnelle latente

Pendant une large partie du XIX^e siècle, à l'instar des États du Sud, fortement tributaires de l'économie servile, les autorités de La Nouvelle-Orléans étaient réticentes à l'idée de développer des institutions publiques préposées aux questions sanitaires et sociales. Méfiante à toute politique contraignante à ce sujet, la population néo-orléanaise était secourue par des associations charitables reposant sur un caractère ethnique⁶. Seule prédominait la Charité de La Nouvelle-Orléans, établissement public fondé au XVIII^e siècle dont les dévolutions sont analogues à celles des hôpitaux généraux qui existaient sous l'Ancien Régime⁷. La ville se caractérise ainsi par l'absence de maisons de refuge pour pauvres ou de distribution de secours aux indigents. Quant aux agents diplomatiques présents sur place, prévalait l'aide aux vagues de réfugiés qui se sont succédées dans les années 1840⁸.

Le consulat a certainement vu dans ce paysage assistanciel essentiellement privé une occasion opportune d'attacher les Français de la colonie à la mère patrie. C'est en ce sens que fut érigée dans le premier tiers du XIX^e siècle une Société de bienfaisance consulaire, dont les origines

⁶ Par crainte d'ouvrir la voie à l'abolition de l'esclavage, les autorités municipales étaient réticentes à l'idée d'élaborer une politique d'assistance aux pauvres. C'est la raison pour laquelle ce sont des institutions de bienfaisance qui leur venaient en aide. Cette absence de politique publique en la matière a favorisé le développement de sociétés de bienfaisance à caractère ethnique qui secouraient les membres de leur communauté. Sur ce point, voir G. VANDAL, *Charité et politique sociale à La Nouvelle-Orléans, 1850-1885*, in *Revue canadienne de politique sociale*, n°32, 1993, p. 43.

⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁸ Ont tour à tour été secourus des réfugiés venant d'Haïti, de Cuba, de la Martinique et de la Guadeloupe au gré des circonstances politiques. C.A.D.N., 340PO/A/418-340PO/A/419.

et le rôle restent obscurs⁹. Sous la monarchie de Juillet, une scission s'opère au sein de cette œuvre, par la formation d'une société rivale, avant d'être de nouveau réunie et officiellement créée en 1843 grâce à Pierre Soulé. Elle est désormais soigneusement expurgée de toute influence consulaire¹⁰. Félix Limet, vice-président de cette Société,

⁹ Félix Limet, dans un discours adressé aux sociétaires lu le 30 mai 1880, relate le peu de connaissance à propos des débuts de cette entraide française: «Il ne paraît pas que, depuis la cession de la Louisiane aux États unis en 1803 jusqu'en 1839, les Français résidant à La Nouvelle-Orléans aient éprouvé le besoin ou aient eu l'idée de se réunir pour former une Société de Secours. Cela tient-il à ce que les anciens habitants de la ville, natifs ou originaires de France, et leurs descendants, étant devenus citoyens Américains, il restait trop peu de Français proprement dits pour former le noyau d'une société? Ou n'est-ce pas plutôt parce que ces Français, vivant au milieu d'une population qui avait gardé la langue, les usages, la religion et les mœurs de leur pays, n'éprouvaient pas le besoin de former un groupe à part et une organisation exclusivement française? Peut-être encore la prospérité dont jouissait le pays où ils vivaient les empêchait-elle de sentir la nécessité d'une organisation qui pût leur assurer soit les bienfaits de la mutualité, soit les avantages d'une assistance fraternelle. Quoiqu'il en soit, ce n'est qu'en 1839 qu'eût lieu la première tentative d'organisation.

Les renseignements nous manquent sur le caractère de la première organisation qui fut la conséquence de cette réunion, mais nous savons que les Français qui la composaient se divisèrent bientôt, les uns voulant que la Société fût régie par les principes de la mutualité, les autres désirant qu'elle fût une Société de Bienfaisance, accordant des secours à tous les Français [...]». F. LIMET, *Historique de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de la Nouvelle-Orléans*, La Nouvelle-Orléans, Imprimerie Cosmopolite, 1880, pp. 5-6.

¹⁰ Félix Limet affirme à l'égard de cette scission que «peut-être aussi la politique ne fût-elle pas étrangère à la scission qui s'opéra. Un certain nombre de Français se séparèrent de la Société et avec d'autres compatriotes qui se joignirent à eux, formèrent une Société rivale qui eut le consul, M. Roger, pour Président. La première Société connue sous le nom de Société de La Nouvelle-Orléans, avait pour Président M.F. Buisson et pour Secrétaire M.H. Escousse. Les deux Sociétés étaient peu nombreuses et leur situation ne devait pas être brillante [...]». *Ibid.*, pp. 6-7. De plus, l'*Acte pour incorporer la Société française de Bienfaisance et d'Assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans* ne mentionne aucunement dans sa section première le consul en tant que membre fondateur. *Acts passed at the first session of the sixteenth legislature of the state of Louisiana began and held in the city of New Orleans on the 2d Day of January 1843*, New-Orleans, Alexander C. Bullitt, 1843, pp. 31-32. Cette division ne dure qu'un temps. Selon notre auteur, «une nouvelle Société s'organisa avec les débris des deux anciennes Sociétés et adopta une Constitution qui fut signée par les membres des comités des

évoque une structuration trop verticale et contraire aux mœurs du pays pour justifier cette mise à l'écart¹¹. Il transparait de manière sibylline que les divergences entre les sociétaires et les agents diplomatiques étaient surtout d'ordre politique lorsqu'il affirme que la Société consulaire

ne pouvait pas convenir à des gens aux allures républicaines d'avoir un Président-né, un directeur inamovible, tenant son mandat non du libre suffrage de ses commettants, mais seulement de son titre de consul¹².

La Nouvelle-Orléans a en effet accueilli de nombreux Français républicains opposés aux régimes royaux, dont Pierre Soulé est l'un des plus éminents représentants¹³. Cette Société tranche avec les missions

deux Sociétés réunies, investis des pleins pouvoirs des dites Sociétés, et dont le texte se trouve aux annexes». F. LIMET, *Historique de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans*, cit., p. 6. La création de cette société réunifiée est probablement d'origine maçonnique. Un siècle après sa création, les sociétaires observent que: «le texte [...] des règlements primitifs de cette société [...] était un peu calqué sur le modèle des sociétés maçonniques de France». *Rapport annuel de la Société française de bienfaisance et d'assistance de La Nouvelle-Orléans. Hôpital français, exercice 1946-1947*, s.n., s.d., p. 11.

¹¹ Félix Limet donne une explication quant à la non-viabilité de la société consulaire: «Quant à la Société consulaire, elle n'était pas viable. Il ne pouvait pas convenir à des gens façonnés aux allures républicaines d'avoir un Président-né, un directeur inamovible, tenant son mandat non du libre suffrage de ses commettants, mais seulement de son titre de consul. Nous sommes étonnés qu'un homme d'un esprit supérieur comme M. Roger ait commis une pareille anomalie, qui ne s'explique que par le peu de connaissance qu'il avait alors des mœurs du pays. Cependant, tel était l'ascendant de son caractère personnel, telle était la confiance qu'inspirait son honorabilité, qu'il réussit à réunir bon nombre d'adhérents et à recueillir d'abondantes souscriptions dont il fit toujours le plus judicieux usage. Les choses restèrent en cet état jusqu'en 1848 époque à laquelle, mû par une pensée d'union que l'on ne saurait trop approuver, M. Roger fit prononcer par ses co-sociétaires la dissolution de la Société qu'il dirigeait, et versa les fonds qu'il avait en caisse entre les mains de M. Soulé, pour être appliqués aux besoins de la Société incorporée. Dès lors, celle-ci resta seule». F. LIMET, *Historique de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans*, cit., pp. 6-7.

¹² *Ibid.*, p. 7.

¹³ Pierre Soulé (1801-1870) est un avocat franco-américain qui a connu une carrière diplomatique et politique d'ampleur aux États-Unis après avoir quitté la France sous la Restauration. Son rôle à la tête de la Société est méconnu, y compris dans une biogra-

traditionnellement destinées à des structures analogues en métropole dans la mesure où elle constitue à la fois une société de secours mutuels et une institution charitable¹⁴. Le caractère républicain apparaît également dans la constitution de 1848 de la Société. Les sociétaires appuient alors largement la révolution en cours en France, y compris sur le plan social. Au risque de froisser la population des États du Sud, l'article 1^{er} de la constitution de 1848 assume ouvertement que la Société doit concourir à l'abolition de l'esclavage.

L'Association a pour but d'améliorer la condition physique, morale et politique de ses membres. Se prêter mutuellement assistance et secours dans le malheur, s'encourager au bien les uns les autres par le conseil et par l'exemple; s'exciter réciproquement à la conquête des

phie récente qui lui est consacrée par Catherine Chancerel. Sur Pierre Soulé, voir A. MERCIER, *Pierre Soulé, Sénateur à Washington*, Paris, 1848; C. CHANCEREL, *L'homme du grand fleuve*, Paris, 2014.

¹⁴ La Société a toujours joué un rôle ambigu dans ses missions. Dans sa Constitution de 1880, la Société est présentée comme une simple société de secours mutuels au profit des sociétaires et de leurs proches. L'article 5 du titre 1 témoigne des modalités d'admission et des avantages qui en découlent: «Le postulant une fois admis, en recevra avis par le Secrétaire; il devient dès lors apte à signer la Constitution et à jouir des bénéfices de son titre de sociétaire; il devra cependant payer, en outre de son admission et par anticipation, une quotité mensuelle d'une piastre. Le montant de cette admission et de cette quotité formera le fonds de l'Association, lequel ne pourra être employé qu'à l'assistance et au soulagement des sociétaires malades ou dans le besoin, de leurs femmes ou de leurs enfants en bas âge». «Constitution de 1880» in F. LIMET, *Histoire de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans*, cit., p. 43. Cependant, lors de la création de la Société, la mission d'assistance semblait d'ores et déjà dépasser les seuls sociétaires comme en témoigne l'article 17 de la Constitution de 1843: «Le conseil organisera la distribution et provoquera la réalisation des secours dont la Société pourra disposer en faveur des malades indigents et malheureux». À la suite de la lecture de cet article, Félix Limet remarque alors que «la distribution des secours n'était pas limitée aux seuls sociétaires, et il paraît que la première année aucune distinction ne fut faite». *Idem*, p. 7. Ce caractère assistanciel transparaît encore plus explicitement lorsque la Société prend en charge les marins quand bien même ceux-ci ne sont pas sociétaires. Cf. *infra*. Par ailleurs, la société néo-orléanaise ne fut pas la première aux États-Unis. Fondée en 1808, la Société française de bienfaisance de New York a joué un rôle analogue à celui de sa consœur du sud. Sur la société de bienfaisance de New York et sa création, voir C.A.D.N., 340PO/A/422, f° 37.

droits qui assurent la liberté de l'homme dans tous les pays, et à la pratique des devoirs qui seuls peuvent en rendre digne; telles sont les obligations primaires que les Sociétaires contractent entre eux¹⁵.

Alors que leur président se prédestine à la chose publique en étant élu au Sénat américain, le caractère politique de l'œuvre s'étiole à partir des années 1850 et converge avec le projet de dépolitisation des sociétés de secours mutuels mené par Napoléon III avec le développement de la mutualité impériale¹⁶.

Cette synergie augure une multiplication d'institutions à la suite de la guerre de Sécession dans le but de soutenir la colonie française sur le plan social et culturel¹⁷.

¹⁵ F. LIMET, *Historique de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de la Nouvelle-Orléans*, cit., pp. 6-7.

¹⁶ Le développement de la mutualité est considérable sous le Second Empire mais celle-ci se caractérise par une «notabilisation». Afin de briser les sociétés de secours mutuels reposant sur un caractère politique ou corporatiste, la mutualité impériale vise à encourager la constitution de structures s'appuyant sur un cadre territorial et sur des membres honoraires. Seules les «sociétés approuvées», créées conformément au décret du 26 mars 1852, et soumises au pouvoir impérial, jouissent d'avantages financiers et matériels. Sur la mutualité impériale, voir M. DREYFUS, *Liberté, égalité, mutualité, Mutualisme et syndicalisme 1852-1967*, Paris, Les éditions de l'atelier, 2001, pp. 39-52; (col.), *Se protéger, être protégé. Une histoire des Assurances sociales en France*, Rennes, PUR, 2006.

¹⁷ Félix Limet souligne cette inflexion consulaire à la suite de cette fusion progressive: «Nous sommes étonnés qu'un homme d'un esprit supérieur comme M. Roger ait commis une pareille anomalie, qui ne s'explique que par le peu de connaissances qu'il avait alors des mœurs du pays. Cependant, tel était l'ascendant de son caractère personnel, telle était la confiance qu'inspirait son honorabilité, qu'il réussit à réunir bon nombre d'adhérents et à recueillir d'abondantes souscriptions dont il fit toujours le plus judicieux usage. Les choses restèrent en cet état jusqu'en 1848, époque à laquelle, mû par une pensée d'union que l'on ne saurait trop approuver, M. Roger fit prononcer par ses co-sociétaires la dissolution de la Société qu'il dirigeait, et versa les fonds qu'il avait en caisse entre les mains de M. Soulé, pour être appliqués aux besoins de la Société incorporée. Dès lors, celle-ci resta seule». F. LIMET, *Historique de la société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de la Nouvelle-Orléans*, cit., p. 7. Le consulat va dès lors soutenir le développement d'institutions de bienfaisance plutôt que d'être le seul instigateur de leur création.

2. Un dynamisme institutionnel révélateur d'une fragilité sociale et culturelle

Dans les années qui suivent la guerre de Sécession, la colonie française se dote d'un ensemble d'institutions visant à protéger les différents aléas de l'existence¹⁸. Déjà, la Société de bienfaisance et d'assistance mutuelle avait décidé en 1859 d'ériger une clinique dans le but de soigner les sociétaires malades et leur famille, mais aussi d'accueillir les personnes âgées¹⁹. Celle-ci organise également des secours à domicile et prend en charge les marins français à la demande du consulat²⁰. L'intense activité de l'établissement pousse le bureau de la Société à demander en 1905 un soutien afin de procéder à des travaux d'agrandissement. Pierre Lacaze²¹, alors vice-consul gérant à La Nouvelle-Orléans, appuie la demande d'aide financière faite par le président de la Société au motif qu'il s'agit d'une

¹⁸ Bien que leurs actes de naissance restent pour certaines d'entre elles obscurs, les documents d'archives les concernant sont tous postérieurs à la guerre de Sécession. Celles-ci sont nombreuses: Société de bienfaisance des bouchers de La Nouvelle-Orléans, Société des dames françaises de La Nouvelle-Orléans, Société «La France», Société «Les enfants de la France» et Société de l'orphelinat français de La Nouvelle-Orléans. C.A.D.N., 340PO/A/422-340PO/A/423.

¹⁹ La clinique est fondée grâce au concours du président de la Société d'alors, Olivier Blineau, lequel avait fait don du terrain situé rue Sainte-Anne pour sa construction. La Société disposait auparavant d'une simple infirmerie. (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, cit., pp. 133-134.

²⁰ La Société prend en charge gratuitement les marins français depuis 1862. C.A.D.N., 340PO/A/423, *Lettre du bureau de la Société fraternelle de Bienfaisance et d'Assistance Mutuelle de La Nouvelle-Orléans adressée à l'amiral de Laporte, commandant en chef de la division légère de la 2^e escadre de l'Atlantique du bord du La Gloire en date du 22 février 1911*, f° 2.

²¹ Pierre Lacaze est vice-consul chargé de la chancellerie d'avril 1913 à janvier 1916.

institution qui chaque jour répand le bien pour la meilleure cause de notre influence française en Louisiane²².

Cet asile jouit pendant longtemps d'une excellente réputation par la qualité des soins prodigués. Elle a en effet joué un rôle important par le passé lors des épidémies de fièvre jaune qu'éprouve durement La Nouvelle-Orléans; maladie dont les causes de transmission demeurent encore inconnues pour les contemporains²³. Ainsi, la clinique a soigné les malades les plus indigents, car les plus aisés fuyaient la cité par crainte d'être contaminés. La Louisiane n'a cessé d'endurer au XIX^e siècle des épidémies de fièvre jaune. Les ministères des Affaires étrangères et de l'Agriculture consentent à subventionner l'établissement afin que celui-ci s'agrandisse²⁴. La Société œuvre de concert avec le bureau de santé

²² C.A.D.N., 340PO/A/424, *Lettre de Pierre Lacaze, vice-consul gérant du consulat de France à La Nouvelle-Orléans adressée à son excellence Monsieur le ministre des Affaires étrangères en date du 8 juin 1914*, f° 10.

²³ Les médecins ont formulé plusieurs théories relatives aux causes de la fièvre jaune. Aux contagionnistes qui estimaient que la maladie se transmettait par contact s'opposaient les non-contagionnistes qui pensaient que les fomites, c'est-à-dire des substances capables d'absorber, de retenir et de véhiculer l'infection, en étaient à l'origine. Quelles que soient les hypothèses avancées, ceux disposant des moyens de quitter la ville préféraient partir afin d'éviter d'être infectés. Ce n'est qu'à la toute fin du XIX^e siècle que le médecin cubain Carlos Finlay découvre le rôle du moustique en tant que vecteur de la maladie. Sur les théories scientifiques relatives à la fièvre jaune et les politiques de santé publique en Louisiane, voir G. GILSON, *Louisiana: Pioneer in Public Health*, in *Louisiana History: The Journal of Louisiana Historical Association*, vol. 4, n°3, 1963, pp. 207-232. Pour des exemples de réactions consulaires lors d'épidémies de fièvre jaune, voir C. SIM, *La présence diplomatique et consulaire française aux États-Unis (1815-1904)*, cit., p. 306.

²⁴ Une partie des sommes versées au profit du pari mutuel était affectée à des œuvres charitables. En effet, le décret du 7 juillet 1891 réglementant l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux en France, précise qu'«Il sera prélevé sur la masse des sommes versées au pari mutuel de chaque hippodrome, et avant tout autre prélèvement: 2% en faveur des œuvres locales de bienfaisance [...] Les sommes provenant du prélèvement de 2% seront administrées et réparties entre les œuvres locales de bienfaisance par les soins d'une commission spéciale qui sera ainsi composée: le ministre de l'Agriculture, le ministre de l'Intérieur, présidents; 3 sénateurs et 3 députés, désignés par les ministres de l'Agriculture et de l'Intérieur: Le vice-président du conseil supérieur de l'assistance publique, vice-président; le directeur de l'assistance et de

de la Louisiane, dont le rôle ne cesse de grandir à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle²⁵.

l'hygiène publique au ministère de l'Intérieur, le directeur de l'administration départementale et communale; un inspecteur des finances désigné par le ministre des Finances; le directeur des haras; deux fonctionnaires du ministère de l'Agriculture désignés par le ministre de l'Agriculture; deux secrétaires désignés l'un par le ministre de l'Agriculture; l'autre par le ministre de l'Intérieur». Voir (col.), *L'assistance publique en 1900*, s.d., s.n., p. 330. Notons que si le ministre des Affaires étrangères ne siège pas au sein des commissions spéciales, celui-ci joue un rôle d'intermédiaire indispensable pour les colonies françaises à l'étranger. Concernant La Nouvelle-Orléans, les ministres des Affaires étrangères précisent aux consuls que l'allocation de 50 000 francs prélevée sur les fonds du pari mutuel et destinée à subvenir au paiement des travaux d'amélioration de l'hôpital français est exceptionnelle et non récurrente. Ainsi, si la Commission de répartition des fonds de pari mutuel consent à cette subvention en 1906, la Société est invitée à reformuler une demande ultérieurement afin de bénéficier d'une nouvelle aide financière. C.A.D.N., 340PO/A/422, *Lettre du ministre des Affaires étrangères adressée à Monsieur Dejoux, consul de France, en date du 19 juin 1906*, n° 145. Or, la pérennité des travaux est tributaire de cette dotation gouvernementale. Le lissage conditionnel de la subvention en 1911 et 1912 n'est pas sans conséquence selon le président de la Société Jean Vergnolle: «Le Gouvernement a bien voulu seconder nos projets, mais la Commission tout en reconnaissant l'importance des sacrifices que nous devons nous imposer pour réaliser les travaux et tout en acceptant en principe de nous accorder la subvention demandée n'a pu l'année dernière nous allouer qu'une partie de cette subvention se réservant de nous allouer la seconde partie sur les fonds de cette année. Les travaux étant commencés il y aurait les plus graves inconvénients à les suspendre et comme ils ont déjà absorbé la part de fonds que la Société a consacré à leur exécution, c'est ce qui se produirait si l'attribution de la deuxième partie de la subvention était retardée d'une année». C.A.D.N., *Lettre de Jean Vergnolle adressée au ministre des Affaires étrangères*, 340PO/A/423, n° 58.

²⁵ La création précoce d'un bureau de santé en Louisiane par rapport à d'autres États américains tranche avec le retard en matière d'assistance. Le fléau épidémique qui sévit régulièrement dans la région explique certainement cette précocité institutionnelle en matière médicale. Dès l'acquisition de la Louisiane est créé un bureau de santé dans la ville. Cependant, cette institution peine à être pérennisée et des bureaux ne sont érigés que ponctuellement afin d'instaurer des mesures prophylactiques et curatives. C'est véritablement à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle que l'institution devient permanente. Malgré des débuts délicats, la Louisiane demeure le premier État à institutionnaliser un organisme permanent dont le rôle est de protéger et de promouvoir la santé publique. G. GILSON, *Louisiana: Pioneer in Public Health*, cit., pp. 210-213. Sur les politiques sanitaires en Louisiane relatives à la fièvre jaune, voir J. DUFFY, *Nineteenth Century Public Health in New York and New Orleans: A Comparison*, in

De manière concomitante s'opère une coordination croissante en matière sanitaire, au risque de ternir l'initiative philanthropique. Par exemple, le consul d'Abzac, qui a beaucoup œuvré pour soutenir les diverses sociétés louisianaises, et intéressé par les questions sociales pour avoir écrit sur le sujet²⁶, appuie la création d'un orphelinat français à La Nouvelle-Orléans conformément à la volonté du légataire Nicolas Girod²⁷, au point d'en devenir le président²⁸. Cependant, le *board on*

Louisiana History: The journal of the Louisiana history, 1974, vol.15, n°4, pp. 325-337. Le consulat de La Nouvelle-Orléans entretient des relations étroites avec le *Board on health*, lesquelles se traduisent par l'envoi d'informations d'ordre scientifique. C.A.D.N., 340PO/A/292, *Correspondance du consulat avec les autorités étrangères et américaines (mars 1871-1918)*.

²⁶ Le vicomte Paul d'Abzac (1838-1904) œuvra au consulat de 1874 à 1876, puis de 1878 à 1888. Celui-ci se montre notamment particulièrement actif. Les questions d'assistance n'échappent pas à son érudition. Il ne propose pas moins de mettre un terme à la question sociale dans un écrit teinté de saint-simonisme. Sa conviction selon laquelle l'administration des choses serait à même de mettre un terme aux fractures sociales est tangible dans son ouvrage intitulé: *La question sociale, un projet de réforme*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1881. Sur Paul d'Abzac, voir (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, cit., pp. 42-43.

²⁷ Nicolas Girod (1751-1840) a été maire de La Nouvelle-Orléans. Il lègue en 1837 à la ville une somme de 100 000 piastres afin de fonder un asile destiné aux orphelins français de Louisiane. (col.), *Présence française en Louisiane au XIX^e siècle*, cit., p. 135.

²⁸ Le consul d'Anglade soutient le projet de création de l'orphelinat au point d'avoir accepté d'être à la tête de la fondation. Malgré des réserves eu égard à ses fonctions diplomatiques, celui-ci l'accepte sur insistance des autres membres qui le convainquent, car «cela était indispensable au bien et à la réussite de l'œuvre». D'Abzac est élu à l'unanimité président. C.A.D.N., 340PO/A/422, *Procès-verbal de la Société de l'orphelinat français Nicolas Girod en date du 12 mars 1894*. Cependant, le gouvernement français ne souhaite pas intervenir directement afin de ne heurter ni les autorités locales ni les héritiers de la famille Girod. C'est la raison pour laquelle le consul Richard, successeur d'Anglade, est invité à soutenir les initiatives françaises locales en matière d'assistance sans en être directement à l'origine: «Je vous approuverai, toutefois, de vous employer en l'espèce d'une façon purement personnelle et officieuse à appuyer, le moment venu, les tentatives que les principaux notables Français de votre résidence croiraient devoir effectuer, sous leur responsabilité personnelle, pour sauver les derniers vestiges de la fondation Girod». C.A.D.N., 340PO/A/422, *Lettre du ministre des Affaires étrangères à Monsieur Richard, consul général de France à La Nouvelle-Orléans en date du 18 avril 1904*, f° 84.

health avorte immédiatement le projet après l'avoir examiné, au motif que la création d'une telle fondation, se situant à proximité de marécages, ne satisfait pas les exigences de santé et de salubrité nécessaires²⁹.

Cette ambivalence est également perceptible dans l'aide aux plus pauvres. L'Union Française, créée en 1872 pour secourir les immigrants d'Alsace-Lorraine venus en Louisiane, joue rapidement un rôle prépondérant dans ce domaine³⁰. Son but originel évolue dans les années qui suivent afin de favoriser l'entraide mutuelle, mais aussi de contribuer à la propagation du français et de soutenir les nouveaux arrivants grâce à un office de placement *ad hoc*³¹. La Société se dote d'un Comité de secours chargé de diligenter des enquêtes sociales afin

²⁹ Le directeur du *Board on health* déclare que: «Finney, our present chief sanitary inspector, tell me [...] he had official charge of the Boy's House of Refuge and it that him Malaria was especially prominent among the inmates. Indeed, if I am not mistaker, the boys were received on this account. Since the place is wholly sorrow by swamps. I can hardly conceive of its being relieved of this malarial condition until the swamps have been thoroughly drained, in the circumstances. I would strongly advise against the use of this place as an inhabitation for human beings, more especially on children» (le Dr Finney, notre actuel inspecteur sanitaire en chef, m'a dit [...] qu'il avait la charge officielle de la «Boy's House of Refuge» et que, selon lui, la malaria était particulièrement répandue parmi les pensionnaires. En effet, si je ne me trompe pas, les garçons ont été accueillis pour cette raison. Comme l'endroit est entièrement entouré de marécages, j'ai du mal à concevoir qu'il soit possible d'y vivre. Je peux difficilement concevoir qu'il soit soulagé de cette condition paludéenne jusqu'à ce que les marécages aient été complètement drainés. Dans ces circonstances, je déconseille fortement l'utilisation de cet endroit comme lieu d'habitation pour les êtres humains, et plus particulièrement pour les enfants). C.A.D.N., 340PO/A/422, *Lettre du directeur du Board on health au consul d'Anglade en date du 9 février 1895*, f° 78.

³⁰ C.A.D.N., 340PO/A/413, *Historique de l'Union Française* (1908), f° 86. Sur l'immigration française à la suite de la défaite de 1870, voir M. BOURDELAIS, *Les immigrants français à La Nouvelle-Orléans au XIX^e siècle: une longue stabilité des formes d'intégration*, in *Annales de Démographie historique*, 2000, n°1, pp. 27-42.

³¹ Les articles premier et second des statuts organiques de l'Union Française disposent: «Il sera tenu, au profit des travailleurs français, et particulièrement des nouveaux arrivants, une comptabilité régulière par demandes et offres de travail»; «Les travailleurs français seuls seront admis à l'inscription sur le livre des Demandes de Travail. Le classement sera fait par catégorie de protection». C.A.D.N., 340PO/A/412, *Statuts organiques de l'Union Française de La Nouvelle-Orléans, Titre IX, articles 1 et 2*, f° 4.

d'éviter d'assister indûment les individus qui souhaitent être aidés³². Cette approche morale transparait dans les statuts de l'association qui précisent que les secours doivent être en premier lieu délivrés en nature plutôt qu'en numéraire. Dans les années 1870, le consulat de La Nouvelle-Orléans s'appuie largement sur l'Union Française pour secourir les ressortissants français, au point qu'une véritable délégation est opérée en la matière. Celle-ci avait bénéficié d'une hausse de subvention, à condition que le consul ne délivre plus de secours par lui-même³³. Un tel mandat s'explique par le réseau dont dispose la Société de bienfaisance. Cette dernière était plus à même de diligenter des enquêtes sociales afin de s'assurer que les bénéficiaires ne jouissent pas indûment de secours³⁴. Cette volonté de mener une politique sociale peu dispendieuse trahit la faiblesse des moyens disponibles aussi bien de l'Union Française que du consulat. Après avoir profité d'une subvention annuelle plus élevée, celle-ci revient au *statu quo ante* à la demande du consul intérimaire Trouy, soucieux de ne pas se départir pleinement d'une mission traditionnellement dévolue aux diplomates³⁵.

L'Union Française connaît un déclin croissant dans ses missions assistancielles. Alors que celle-ci a joué un rôle important durant l'épi-

³² Les trois articles du titre VIII des statuts organiques de l'Union Française relatifs aux secours aux nécessiteux disposent: «En tous temps (sic), et particulièrement au début, l'*Union Française* proportionnera la délivrance des secours à son avoir en caisse»; «Autant que faire se pourra, les secours seront délivrés en nature. Ils ne seront comptés en espèce que dans les cas d'urgence»; «Chaque demande de secours sera prise en considération, mais il n'y sera fait droit que lorsque l'examen aura prouvé qu'elle est fondée. Le devoir de l'Union, dans l'intérêt même du but de bienfaisance qu'elle poursuit, étant de garder sa bonne foi contre toute surprise, et de ne pas laisser ses secours s'égarer entre des mains indignes». *Loc. cit.*, § 4.

³³ *Lettre du consulat au ministère des Affaires étrangères en date du 5 novembre 1885*. C.A.D.N., 340PO/A/412, § 44-48.

³⁴ *Lettre du bureau de L'Union Française adressée au consul*. C.A.D.N., 340PO/A/412, § 41.

³⁵ «Sur l'insistance de MM. Tujague et Larue qui m'ont vivement exprimé le désir de conserver les 500fr accordés [...] (or) la moyenne des secours distribués par le consulat les années précédentes dépassant de quelques centaines de francs le montant de la subvention accordée à l'Union, il restait une quotité très faible tant il était équitable de laisser la distribution au chef de poste». *Lettre de Trouy adressée à d'Abzac en date du 5 août 1886*. C.A.D.N., 340PO/A/412, § 65-67.

démie de fièvre jaune de 1878, par la mise à disposition de ses locaux et de ses membres pour prendre en charge les malades, sa mission sanitaire s'estompe peu à peu³⁶. De plus, les secours délivrés et les subventions semblent avoir été décroissants. Seule l'école gratuite semble avoir été soutenue par le ministère. Cette évolution pourrait s'expliquer par la fin des subventions annuelles délivrées par le ministère des Affaires étrangères³⁷.

La politique ministérielle et consulaire de soutien connaît à la fin du XIX^e siècle une évolution tangible à l'égard des sociétés néo-orléanaises. Les subventions tendent à converger au profit des institutions mettant en place des écoles dans lesquelles le français est enseigné. Cette langue est en effet menacée à la suite de la Guerre de Succession puisque celle-ci n'est plus encouragée dans les écoles publiques louisianaises³⁸. C'est ainsi que la défense du français devient la politique

³⁶ «En 1878, lorsqu'éclata à La Nouvelle-Orléans l'épidémie de fièvre jaune, l'Union française prit un essor soudain et tout à fait imprévu. Dès les premiers mois de la maladie, le Conseil de Direction, sur l'initiative d'un de ses membres, organisait en toute hâte un comité de secours pour assurer à nos compatriotes victimes du fléau des soins intelligents et dévoués [...]». Désormais: «l'Union Française prend à sa charge dans la limite de ses moyens, toutes les infortunes françaises qui se produisent dans ce milieu. Elle donne des soins complets aux malades; elle pourvoit en outre aux besoins les plus impérieux des familles indigentes; elle procure enfin du travail aux nouveaux venus». C.A.D.N., 340PO/A/412, *Lettre de François Tujague adressée à François Navone, gérant du consulat de France à La Nouvelle-Orléans, en date du 15 juin 1883*, f° 33-34.

³⁷ La subvention de 600 francs accordée par le ministère des Affaires étrangères entraîne la fin de la subvention consulaire. C.A.D.N., 340PO/A/413, *Lettre du consul adressée au président de l'Union Française*, f° 60. Dans une lettre adressée au consul de France par le directeur de l'Union Française le 15 novembre 1902, il est bien précisé que la subvention est seulement dédiée à l'école de la Société. C.A.D.N., 340PO/A/413, f° 63.

³⁸ À la suite de la guerre de Sécession, la langue française est malmenée en Louisiane et perd son statut officiel. L'article 142 de la *Constitutional Convention of 1864* dispose: «The laws, published records and judicial and legislative proceedings of the State shall be promulgated and preserved in the English language; and no laws shall require judicial process to be issued in any other than the English language». (Les lois, les documents publiés et la procédure judiciaire et législative de l'État doivent être promulgués et conservés en anglais; et aucune loi ne doit prescrire une procédure judiciaire qui serait attribuée à autre langue que l'anglais). La Constitution de la Louisiane

fédératrice qui mobilise la communauté française et les agents diplomatiques. Les subventions faites aux sociétés dans un but charitable demeurent exceptionnelles, tandis que les financements récurrents ne concernent plus que la propagation du français. Par exemple, la Société du 14 Juillet, créée en 1890, a un but éminemment patriotique. Outre la

de 1868 maltraite encore davantage la francophonie en interdisant l'usage de toute autre langue que l'anglais à l'article 109: «The laws, public records, and judicial and legislative proceedings of the State shall be promulgated and preserved in the English language; and no law shall require judicial process to be issued in any other than the English language». (Les lois, archives publiques, procédures judiciaires et délibérations législatives de l'État doivent être rédigées et promulguées en anglais; et aucune loi n'exigera que la procédure judiciaire ne soit publiée dans une autre langue que l'anglais). La Constitution de 1879 fait preuve de davantage de souplesse à l'égard du français et de son enseignement. L'article 226 de la Constitution admet l'enseignement du français dans les paroisses où cette langue prédomine, à condition que cela n'entraîne aucun frais supplémentaire pour l'État: «The general exercises in the public schools shall be conducted in the English language and the elementary branches taught therein; provided, that these elementary branches may also be taught in the French language in those parishes in the States or localities in said parishes where the French language predominates, if no additional expense is incurred thereby» (Les exercices généraux dans les écoles publiques doivent se dérouler en anglais et les disciplines élémentaires, enseignées dans cette langue; pourvu que ces disciplines puissent aussi être enseignées en français dans ces paroisses dans les États ou les localités dans lesquelles la langue française prédomine, à la condition qu'il n'en résulte aucuns frais supplémentaires). L'article 228 précise quant à lui que: «No funds raised for the support of the public schools of the State shall be appropriated to or used for the support of any sectarian school». (Aucun fonds supplémentaire pour le soutien des écoles publiques de l'État ne doit être affecté ou utilisé pour soutenir une école confessionnelle). Sur la place du français dans les constitutions louisianaises, se référer au dossier d'Histoire de la Louisiane américaine à partir de 1803 dressée par David Cheramie et David-Emile Mercantel: <https://www.axl.cefan.ulaval.ca/amnord/louisiane-2historique.htm>. Cette politique d'anglicisation a mobilisé les institutions de bienfaisance de La Nouvelle-Orléans par la création d'écoles privées gratuites enseignant la langue dans le but de préserver pour l'ensemble des francophones, qu'ils soient riches ou pauvres, le bénéfice de l'instruction du français. Le président de l'Union Française François Tujague explique clairement cet objectif: «Banni depuis vingt ans de l'enseignement officiel en Louisiane, le français n'était plus accessible à nos enfants pauvres. Il fallait donc, pour conserver ici notre langue, la mettre, par la gratuité, à la portée de toutes les classes», f° 35. C.A.D.N., 340PO/A/412, *Lettre de François Tujague adressée à François Navone, gérant du consulat de France à La Nouvelle-Orléans*, en date du 15 juin 1883, f° 35.

commémoration de la fête nationale, les festivités constituent une occasion lors de laquelle des secours sont fournis aux indigents. Les statuts précisent par ailleurs que le produit des souscriptions aura pour but de créer soit un hospice pour personnes âgées, soit un hôpital pour les malades, soit une école gratuite pour les ressortissants français qui ne peuvent intégrer une école dans laquelle leur langue maternelle serait enseignée³⁹. C'est cette dernière option qu'a finalement retenu le conseil d'administration de la Société en créant une école pour garçons⁴⁰. L'Alliance française, présente à La Nouvelle-Orléans, a contribué à ce changement d'orientation. L'Union Française a quant à elle créé une école gratuite pour filles, et tend de plus en plus à se borner à un rôle éducatif et culturel⁴¹. Pour cette dernière, l'école joue un rôle central. Son rôle est de

maintenir parmi la jeune génération, le culte de la France, en même temps que celui de sa langue. C'était à la fois, une œuvre de bienfaisance et de patriotisme⁴².

Ainsi, cette évolution trahit une assimilation progressive de la population française contre laquelle le consulat ne peut lutter. Disposer d'institutions charitables préposées à l'assistance de la population francophone tend à perdre son utilité lorsque celle-ci se dilue. À cela s'ajoute la part sans cesse décroissante du nombre de Français présents à La Nouvelle-Orléans, alors que la population de la ville augmente de

³⁹ C.A.D.N., 340PO/A/411, *Charte de la société du 14 juillet*, f° 7.

⁴⁰ À l'aube de la Première Guerre mondiale, outre le but patriotique de la Société, la seule mission philanthropique évoquée concerne l'instruction primaire inculquée à environ 125 garçons. C.A.D.N., 340PO/A/411, *Historique de la société du 14 juillet depuis 1891 jusqu'en 1913*, f° 107.

⁴¹ *Infra*, note 37. Avant-guerre, l'Union Française délivre encore des secours: aide aux inondés de la Louisiane, dotation aux petites sœurs des pauvres, placement de travailleurs. Le bureau annonce qu'en 1911-1912, 108 Français ont été secourus. Ces aides sont délivrées en numéraire ou sous forme de bons d'hôtel. C.A.D.N., *Compte de la gestion de l'Union Française pour l'exercice 1911-1912*, f° 20-25. L'Union Française existe toujours actuellement à La Nouvelle-Orléans. Celle-ci est présentée comme la plus vieille organisation franco-louisianaise. Elle se borne désormais à des missions culturelles et d'enseignement du français.

⁴² C.A.D.N., 340PO/A/413, *Historique de l'Union Française*, f° 86.

manière significative⁴³. Par exemple, la Société Française de bienfaisance et d'assistance mutuelle voit le nombre de sociétaires diminué par deux entre les années 1900 et les années 1940⁴⁴, au point que l'hôpital finit par être vendu en 1949⁴⁵. Prenant acte de ce déclin inéluctable de leur présence démographique, les diverses sociétés et le consulat optent pour une politique de soutien à la culture malmenée par les évolutions politiques américaines dans l'espoir d'entretenir et de cultiver un lien particulier avec cette province autrefois française.

⁴³ M. BOURDELAIS, *Les immigrants français à La Nouvelle-Orléans au XIX^e siècle: une longue stabilité des formes d'intégration*, cit., pp. 27-42.

⁴⁴ La Société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle compte en 1906 plus de 1700 membres. C.A.D.N., 340PO/A/422, *Lettre du consul adressé au ministère des Affaires étrangères en date du 19 mai 1906*, f° 144. Elle ne compte en 1947 plus que 755 membres. *Rapport annuel de la Société française de bienfaisance et d'assistance mutuelle de La Nouvelle-Orléans, exercice 1946-1947*, p. 51.

⁴⁵ (col.) *New Orleans Architecture: Faubourg Tremé and the Bayou Road*, Elmwood, 1971, p. 83.

LA SOCIALISATION DES DROITS DE L'HOMME: UNE ADAPTATION DU DROIT DE LA CONVENTION EDH AUX SITUATIONS DE VULNÉRABILITÉ SOCIALE

Sam Bouvier*

SOMMARIO: 1. L'émergence progressive de la notion de vulnérabilité sociale dans la jurisprudence de la Cour EDH. 1.1. La reconnaissance originelle de la vulnérabilité intrinsèque. 1.2. L'apparition de la vulnérabilité situationnelle au sein de la jurisprudence de la Cour EDH. 1.3. L'avènement de la vulnérabilité contextuelle par la reconnaissance implicite de la vulnérabilité sociale. 2. L'adaptation strasbourgeoise aux situations de vulnérabilité sociale: la socialisation des droits de la Convention. 2.1. L'émergence de la notion de vie privée sociale en droit de la Convention EDH. 2.2. L'intégration implicite des droits sociaux au droit conventionnel.

Résumé

En tant qu'instrument vivant, la Convention européenne des droits de l'Homme est interprétée de manière dynamique par les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ils veillent ainsi à une certaine adéquation des dispositions de la Convention aux défis contemporains. Il en découle alors par principe une meilleure protection des droits de chaque individu. Dans cette philosophie, la notion de vulnérabilité sociale émerge de manière implicite dans la jurisprudence de la Cour. Elle va être utilisée par les juges comme un véritable outil renforçant la protection des droits reconnus par la Convention. La Cour va alors adapter ces derniers à l'émergence de la notion mettant en lumière de nouvelles problématiques. Pour cela, elle va initier une socialisation des droits grâce à une interprétation dynamique des dispositions de la Convention.

Abstract

As a living instrument, the European Convention on Human Rights is interpreted dynamically by the judges of the European Court of Human Rights. They thus ensure a certain adequacy of the Convention's provisions to contemporary challenges. This, in principle, leads to better protection of the rights

* ATER, Doctorant en droit privé, Univ. Limoges, OMIJ, UR 14476, F-87000 Limoges, France.

of everyone. In line with this philosophy, the notion of social vulnerability is implicitly emerging in the Court's case law. It's used by the judges as a genuine tool to strengthen the protection of the rights recognized by the Convention. The Court then adapts human rights to the emergence of the concept, in response to new issues. To do this, it initiates a socialization of human rights through a dynamic interpretation of the Convention's provisions.

Riassunto

In quanto strumento vivente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è interpretata in modo dinamico dai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essi assicurano che le disposizioni della Convenzione siano adattate alle sfide contemporanee. In linea di principio, ciò si traduce in una migliore protezione dei diritti di ciascun individuo. In linea con questo approccio, la nozione di vulnerabilità sociale emerge implicitamente nella giurisprudenza della Corte. I giudici la utilizzano come un vero e proprio strumento per rafforzare la tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. La Corte quindi adatta la sua giurisprudenza all'emergere di questo concetto, evidenziando nuove problematiche. A tal fine, essa avvia una socializzazione dei diritti attraverso un'interpretazione dinamica delle disposizioni della Convenzione.

Lors de son œuvre dédiée à William Shakespeare, Victor Hugo illustre la vie par la métaphore suivante: «vivre est une chanson dont mourir est le refrain»¹. La vie de l'Homme apparaît alors rythmée par la survenance de la mort. Décrite de la sorte, elle semble inévitable pour tout être vivant. En effet, la construction classique de la musique ne laisse que peu de doute puisqu'après un couplet se cache, dans la plupart des cas, un refrain. Serait ainsi illustrée la condition mortelle de l'Homme. Peu importe sa vie, la mort viendra le cueillir tôt ou tard. L'uniformité de l'être humain face à la mort illustre une certaine vulnérabilité présente dans sa nature même. Trouvant sa source dans sa condition même de mortel, chaque individu appartenant à l'espèce humaine est vulnérable face à la mort. Par le biais de cet exemple, une définition de la vulnérabilité apparaît. Selon elle, le caractère vulnérable d'une

¹ V. HUGO, *William Shakespeare*, 1864, Livre II, § 12.

chose s'illustre par le fait qu'elle «peut être *blessé[e]*, *atteint[e]*, [ou] *frappé[e]*»².

Relativement large dans son sens commun, l'appréhension juridique de la vulnérabilité est toutefois plus restreinte. En droit, la vulnérabilité «implique que la personne se trouve particulièrement exposée à une atteinte» en raison d'une faiblesse³. Néanmoins, un individu dont la faiblesse particulière ne l'expose pas à un risque déterminé ne peut être qualifié de vulnérable⁴. En droit, elle renvoie alors à une double caractéristique. L'individu, avant de pouvoir être qualifié de vulnérable, doit présenter une faiblesse⁵. Puis, celle-ci doit avoir pour effet d'exposer l'individu à un risque d'atteinte à ses droits⁶. Une personne est donc vulnérable si elle présente une fragilité engendrant, *in fine*, un risque accru d'atteinte à ses droits⁷. Définie de la sorte, la vulnérabilité se révèle comme une représentation mentale générale et abstraite permettant d'en comprendre son essence⁸. Dans ce cas, elle peut être appréhendée comme un véritable concept juridique. Néanmoins, sa source peut avoir diverses natures. Nous l'avons compris auparavant, la faiblesse que présente l'individu est aussi primordiale que le risque qu'il encourt à la suite de celle-ci. Elle possède deux natures: l'une est intrinsèque à la

² V. «vulnérable» in A. REY (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, de R à Z, Le Robert, Paris, 2005, p. 2031.

³ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction de J. LEROY, Université de Limoges, 1 oct. 2004, p. 40, § 48.

⁴ M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse de doctorat sous la direction de S. SANA-CHAILLE DE NERE, A.-M. TOURNEPICHE, Université de Bordeaux, 3 déc. 2015, p. 53, § 58.

⁵ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction de J. LEROY, Université de Limoges, 1 oct. 2004, pp. 39-40, § 47.

⁶ D. ROMAN, «vulnérabilité» in D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, 2021, p. 367.

⁷ M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, thèse de doctorat sous la direction de S. SANA-CHAILLE DE NERE, A.-M. TOURNEPICHE, Université de Bordeaux, 3 déc. 2015, p. 147, § 200.

⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e ed., Paris, 2012, p. 228, § 170; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, 1922, p. 148.

personne et l'autre lui est extrinsèque. La première va donner naissance à une vulnérabilité intrinsèque soit trouvant sa source dans «l'état de la personne en elle-même»⁹. La seconde, quant à elle, va engendrer une vulnérabilité extrinsèque. Elle trouve sa source dans le «rapport institué vis-à-vis d'autrui ou par l'effet du contexte dans lequel»¹⁰ se trouve la personne. Ces deux différentes natures de vulnérabilité apparaissent comme de véritables catégories juridiques. Elles permettent de «réunir sous [...] une même étiquette, des éléments de la réalité réputés partager les mêmes caractéristiques juridiques communes»¹¹. Celles-ci trouvent en leur sein les notions permettant une existence juridique au concept de vulnérabilité¹².

L'organisation du schéma conceptuel de la vulnérabilité est primordiale car découle de ce concept un véritable foisonnement de notions. Ces dernières étant des «images ressemblantes du réel»¹³ découlant d'un concept, elles permettent à ce dernier d'exister dans le réel¹⁴. Chaque fragilité vulnérabilisante vont ainsi engendrer la création d'une nouvelle notion juridique. Par exemple, la manifestation du concept de vulnérabilité dans le champ sociale va se traduire par la notion de vulnérabilité sociale. Elle décrit une faiblesse sociale, trouvant sa source dans le processus d'exclusion sociale, qui engendre un risque d'atteinte aux droits fondamentaux d'une personne. Elle permet ainsi une exis-

⁹ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction de J. LEROY, Université de Limoges, 1 oct. 2004, pp. 43-44, § 52.

¹⁰ F.-X. ROUX-DEMARE, *La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe*, in *Les Cahiers de la Justice*, 4, 2019, pp. 624-625.

¹¹ J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, in *RTD civ.*, 1984, pp. 257-258.

¹² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthode du droit, 5^e éd., Paris, 2012, p. 228, § 170.

¹³ X. BIOY, *Notions et concepts en droit: interrogations sur l'intérêt d'une distinction...*, in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, 2009, p. 32.

¹⁴ Cette symbiose entre les deux outils intellectuels s'explique par la différence de degrés d'abstraction mentale. Le concept, se limitant à comprendre l'essence même d'une chose et ne possédant pas d'emprise avec le réel, illustre le plus haut degré d'abstraction. Au contraire, la notion représente quant à elle le plus faible degré puisqu'elle trouve naissance dans le réel. V. en ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthode du droit, 5^e éd., Paris, 2012, p. 228, § 170.

tence dans la réalité juridique du concept de vulnérabilité et plus précisément, dans ce cas précis, le champ social. Mais plus encore, la vulnérabilité liée à l'âge, à une situation de handicap, ou économique sont des exemples qui remplissent la même fonction. Cette multitude de notions illustre tout l'enjeu des catégories juridiques. Ainsi, le «concept [...] brise l'enveloppe des besoins saisissables, pour ne plus considérer que les notions [...], et les ordonner en elles-mêmes, indépendamment des circonstances concrètes, dont elles sont issues»¹⁵. En brisant l'enveloppe des besoins saisissables, le concept de vulnérabilité permet l'émergence de plusieurs notions qui lui confèrent une véritable existence dans le réel, tout en favorisant une forte adaptabilité à ce dernier. Cette perspective permet, à l'instar d'un objectif photographique, de zoomer sur une image permettant d'en cerner les moindres détails. En d'autres termes, il est possible de descendre aussi bien du «genre à l'espèce»¹⁶ que de remonter «de l'espèce au genre»¹⁷. Cette gymnastique intellectuelle permet, dans une volonté de ne pas enfermer son raisonnement, l'usage du concept afin de viser une notion.

Par l'intermédiaire de ce mécanisme intellectuel, la Cour de Strasbourg a recours au concept de vulnérabilité depuis 1981 avec son célèbre arrêt *Dudgeon*¹⁸. Bien qu'il ne soit pas question ici de prendre en compte la vulnérabilité du requérant¹⁹, elle ouvre la voie à une mobilisation qui, au fur et à mesure des arrêts rendus par la Cour, va voir son champ d'application, au sein du droit de la Convention, s'élargir de manière implicite. Cette ouverture donne aujourd'hui lieu à la reconnaissance de véritables situations de vulnérabilité sociale (1). Avec elle, de multiples mutations dues à l'interprétation de la Convention par les juges de la Cour vont avoir lieu (2).

¹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, Méthode du droit*, 2^e ed., Paris, 2016, p. 328, § 530.

¹⁶ J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, in *RTD civ.*, 1984, pp. 264-265.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cour EDH, Plen., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, §§ 47-62.

¹⁹ Cour EDH, Plen., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, § 62: la Cour considère que l'État est dans son bon droit de protéger les plus jeunes – jugés vulnérables – pour «lutter contre l'exploitation et la corruption de personnes».

1. *L'émergence progressive de la notion de vulnérabilité sociale dans la jurisprudence de la Cour EDH*

Depuis 1981, la vulnérabilité n'a cessé d'être mobilisée par la Cour EDH. Il est possible d'en retrouver 558 occurrences dans la base de données Hudoc²⁰. Il se dessine trois catégories distinctes dans les différents arrêts au sein desquels les juges strasbourgeois ont recours à la vulnérabilité. Tout d'abord, de manière explicite, va être reconnue la vulnérabilité intrinsèque (1.1). Puis, la vulnérabilité situationnelle (1.2) et enfin extrinsèque (1.3) vont émerger implicitement au sein de la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoise.

1.1. *La reconnaissance originelle de la vulnérabilité intrinsèque*

Au sein l'arrêt *Dudgeon*, la Cour, en plus de reconnaître pour la première fois qu'un individu peut être vulnérable, va également identifier explicitement la vulnérabilité intrinsèque. Cette dernière peut trouver son origine dans plusieurs données que la personne présente telles qu'un handicap, une situation de grossesse ou bien le jeune âge de la personne. Cette dernière hypothèse va être à l'origine de la mobilisation du concept par la Cour. En effet, elle va reconnaître

la nécessité, dans une société démocratique, d'un certain contrôle du comportement homosexuel afin notamment de lutter contre l'exploitation et la corruption de personnes spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse²¹.

Les juges ont alors fait le choix de protéger spécifiquement certains individus des risques d'exploitation et de corruption dont ils pouvaient faire l'objet, du fait de leurs jeunes âges les y exposant de manière plus importante. L'âge, caractéristique intrinsèque rendant la personne vulnérable, est alors la donnée à l'origine de la protection. La Cour, lors de son arrêt *A. c. Royaume-Uni* va réitérer cette reconnaissance par l'usage

²⁰ Recherche effectuée le 10 sept. 2024.

²¹ Cour EDH, plén., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, § 62.

de la formule «enfants et autres personnes vulnérables»²². Elle reconnaît que les enfants sont vulnérables mais aussi potentiellement d'autres catégories. La Cour concrétisera cette ouverture avec la reconnaissance de la vulnérabilité d'une personne d'une situation de handicap²³. Lors de ces divers exemples, la nature de la vulnérabilité des individus est plutôt explicite. Néanmoins, pour certaines catégories, la Cour ne mobilise les catégories de vulnérabilité de manière innommée en faisant appel au concept.

1.2. L'apparition de la vulnérabilité situationnelle au sein de la jurisprudence de la Cour EDH

Une autre forme de vulnérabilité est apparue au cours des années 2000 au sein de la jurisprudence de la juridiction strasbourgeoise: la vulnérabilité situationnelle²⁴. Il faut bien avoir à l'esprit que cette dernière diffère de celle pouvant être qualifiée de contextuelle. Alors qu'une situation peut être définie comme l'«état d'une personne à un moment donné»²⁵, le contexte, quant à lui, correspond à un «ensemble des circonstances dans lesquelles se produit un événement ou se situe une action»²⁶. Ainsi, il apparaît que le contexte engloberait plus de données que la situation qui ne viserait que la survenance d'un événement précis. La vulnérabilité situationnelle évoluerait alors à mi-chemin entre la vulnérabilité intrinsèque et extrinsèque. Pour mieux comprendre, la Cour, dans son arrêt *Bouyid c. Belgique*, a eu l'occasion d'affirmer que

²² Cour EDH, 23 sept. 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n°25599/94, § 22.

²³ Cour EDH, 19 fév. 2013, *B. c. Roumanie* (n° 2), req. n°1285/03, § 86: «dans le cas des personnes vulnérables, dont font partie les personnes handicapées, les autorités doivent faire preuve d'une attention particulière et doivent leur assurer une protection accrue en raison de leur capacité ou de leur volonté de se plaindre qui se trouvent souvent affaiblies».

²⁴ V. not. Cour EDH, GC, 28 juill. 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, § 87 et Cour EDH, GC, 27 juin 2000, *Salman c. Turquie*, req. n°21986/93, § 99.

²⁵ «Situation», in Académie française, Dictionnaire de l'Académie française, 9^e ed., disponible en ligne: <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S1799>.

²⁶ V. «contexte», in Larousse, Dictionnaire, disponible en ligne: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contexte/18593>.

les personnes placées en garde à vue ou même simplement conduites ou convoquées dans un commissariat pour un contrôle d'identité ou pour un interrogatoire [...] et plus largement les personnes qui se trouvent entre les mains de la police ou d'une autorité comparable, sont en situation de vulnérabilité²⁷.

Dans ce cas, il est alors question de protéger la personne au regard de la situation dans laquelle elle se trouve, et notamment, au regard du fait qu'elle est soumise à l'État et son contrôle. Cette catégorie de vulnérabilité possède malgré tout un domaine tentaculaire tant elle pourrait s'appliquer à une multitude de situations. Entreraient dans cette catégorie la situation de certains demandeurs d'asile²⁸, selon le juge Serghides, une athlète confrontée à un choix forcé²⁹ ou une femme ayant fait l'objet d'une stérilisation sans consentement³⁰. Ainsi, par la diversité des situations relevant de la vulnérabilité, une protection accrue des personnes vulnérables semble s'opérer. Pour cela, la Cour effectue une véritable appréciation *in concreto* des faits. Celle-ci permet également à la Cour de reconnaître une situation de vulnérabilité contextuelle.

1.3. L'avènement de la vulnérabilité contextuelle par la reconnaissance implicite de la vulnérabilité sociale

La vulnérabilité contextuelle est apparue au sein de la jurisprudence de la Cour par le biais de la mobilisation implicite de la notion de vulnérabilité sociale. Cette dernière vise les personnes «que la société ex-

²⁷ Cour EDH, 28 sept. 2015, *Bouyid c. Belgique*, req. n°23380/09, § 107; Cour EDH, 19 janv. 2016, *Cazanbaev c. République de Moldova*, req. n°32510/09, § 43.

²⁸ Cour EDH, GC, 21 janv. 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09, § 233.

²⁹ Opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Serghides, in Cour EDH, 11 juill. 2023, *Semenya c. Suisse*, req. n°10934/21, § 42, requête pendante devant la Grande chambre.

³⁰ Opinion en partie concordante et en partie dissidente juge Serghides, in Cour EDH, 20 sept. 2022, *Y.P. c. Russie*, req. n°43399/13, §§ 24-26.

clut peu à peu, quelle que soit la cause de cette mise à l'écart»³¹. Ainsi, par le biais d'une fragilité sociale – due au processus d'exclusion sociale –, l'individu va se retrouver exposé à une plus grande potentialité d'atteinte à ses droits. Bien que cette notion existe en droit, la Cour de Strasbourg ne la mobilise que de manière implicite. Dès son arrêt *Chapman*, la Cour a pu affirmer que les Tsiganes étaient vulnérables «du fait qu'ils constituent une minorité»³². Il serait hasardeux de conclure, sur la base de cette unique déclaration, que les juges de la Cour de Strasbourg emploient effectivement le concept de vulnérabilité sociale. Néanmoins, au fil de sa jurisprudence, elle a pu préciser la source de cette vulnérabilité. Elle vient préciser que les Roms et Tsiganes sont des communautés marginalisées et socialement défavorisées³³. En prime, elle va qualifier les Roms de «minorité défavorisée et vulnérable»³⁴ mais également de «groupe socialement défavorisé»³⁵ laissant sous-entendre que la vulnérabilité de ces derniers trouve sa source dans leur situation sociale. Mais la source de cette vulnérabilité ressort plus particulièrement du qualificatif de «groupe de personnes vulnérables» employé par les juges strasbourgeois. En effet, selon eux, ce qualificatif «se justifie par le fait que ces groupes ont fait l'objet par le passé de traitements défavorables aux conséquences durables, qui ont abouti à leur exclusion de la société»³⁶. Ainsi, la vulnérabilité de ses groupes prend son origine dans la précarité de leur situation sociale. Les conséquences des différents traitements défavorables qu'ils ont subis semblent donc être à l'origine de leur vulnérabilité. Sont alors considérées comme appartenant à ces groupes, toutes les personnes qui font l'objet du processus d'exclusion sociale. Le contexte dans lequel se trouve les individus appartenant à ces groupes – inscrits dans un processus d'ex-

³¹ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction de J. LEROY, Université de Limoges, 1 oct. 2004, p. 77, § 118.

³² Cour EDH, GC, 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, § 96.

³³ Cour EDH, 24 avr. 2012, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, req. n°25446/06, § 129; Cour EDH, 14 mai 2020, *Hirtu et autres c. France*, req. n°24720/13, § 70.

³⁴ Cour EDH, 14 mai 2020, *Hirtu et autres c. France*, req. n°24720/13, § 70.

³⁵ Cour EDH, 14 mai 2020, *Hirtu et autres c. France*, req. n°24720/13, § 70.

³⁶ Cour EDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, req. n°38832/06, § 42; Cour EDH, 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, req. n°23682/13, § 73.

clusion sociale et victimes de stigmatisation et de discrimination – va donc engendrer une situation de vulnérabilité. Cette insertion jurisprudentielle du concept de vulnérabilité dans le champ social est une grande avancée en la matière puisqu'elle vient renforcer la protection des droits de nouvelles personnes vulnérables. Mais plus encore, elle conduit, dans un cadre plus vaste, à une véritable évolution du droit de la Convention par la socialisation de ses droits.

2. L'adaptation strasbourgeoise aux situations de vulnérabilité sociale: la socialisation des droits de la Convention

En tant que notion découlant du concept de vulnérabilité, la vulnérabilité sociale représente une situation dans laquelle une personne présente une faiblesse due à une précarisation de sa situation sociale qui l'expose à un risque accru d'atteintes ou de violations de ses droits fondamentaux. Pour mieux protéger les personnes dans une telle situation, il est donc impératif de protéger l'existence sociale de la personne et son intégration au sein de la société. Il se dessine ainsi, du côté de la Cour de Strasbourg, une double réponse. La première vise la préservation du lien social par la protection de la vie privée sociale (2.1). Puis, la seconde adaptation que connaît le droit de la Conv. EDH à ces situations vise à garantir une protection des droits des individus socialement vulnérables. Pour cela, la Cour va procéder à une interprétation large des droits de la Convention afin de faire entrer implicitement, dans son champ de protection, les droits sociaux (2.2).

2.1. L'émergence de la notion de vie privée sociale en droit de la Convention EDH

Très tôt dans sa jurisprudence, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de délimiter le concept de vie privée protégée par les dispositions prévues à l'article 8 de la Convention. Après avoir affirmé qu'il n'était pas nécessaire de la définir de manière exhaustive, les juges ont précisé qu'il «serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entière-

ment le monde extérieur à ce cercle»³⁷. Ainsi, «le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables»³⁸. Il découle alors du droit au respect de la vie privée, une véritable protection de la vie sociale de l'individu. En effet, par la suite, la Cour va développer cette idée pour faire place à un véritable droit au respect de sa vie privée sociale. Cela ressort très clairement de la jurisprudence de la Cour qui affirme que

l'article 8 garantit ainsi la "vie privée" au sens large de l'expression, qui comprend le droit de mener une "vie privée sociale", à savoir la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale. Sous cet aspect, ledit droit consacre la possibilité d'aller vers les autres afin de nouer et de développer des relations avec ses semblables³⁹.

Ce droit va alors comprendre de «multiples aspects de l'identité [...] sociale de l'individu»⁴⁰ et le «droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec autrui et le monde extérieur»⁴¹. En d'autres termes, l'article 8 de la Convention protège aussi bien l'identité sociale des individus que la possibilité pour lui d'avoir des relations avec autrui. De plus, il semblerait que l'identité sociale correspond à l'ensemble des relations qu'un individu noue avec ses semblables⁴². Le droit de développer des relations avec autrui est donc d'autant plus important qu'il permet à l'individu d'exister socialement et donc d'obtenir une identité sociale protégée par la Cour. Nous remarquons ainsi que les relations sociales de l'individu entrent dans le

³⁷ Cour EDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n°13710/88, § 29.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cour EDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c. Grèce*, req. n°26713/05, § 22; Cour EDH, GC, 17 janv. 2023, *Fedotova et autres c. Russie*, req. n°40792/10, 30538/14 et 43439/14, § 143.

⁴⁰ Cour EDH, GC, 25 sept. 2018, *Denisov c. Ukraine*, req. n°76639/11, § 96; v. égal. Cour EDH, 14 janv. 2016, *Mandet c. France*, req. n°30955, § 44 et Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n°65192/11, § 46.

⁴¹ Cour EDH, GC, 9 mars 2023, *L.B. c. Hongrie*, req. n°36345/16, § 102.

⁴² Cour EDH, 24 mars 2022, *C.E. et autres c. France*, req. n°29775/18 et 29693/19, § 53: lors de cet arrêt, les juges strasbourgeois ont jugé que des liens affectifs relève de l'identité sociale des individus.

champ de la protection de l'article 8 de la Convention. Les États doivent ainsi protéger la possibilité pour les individus d'exister socialement mais également d'entretenir des relations sociales. Dans ce cas, tout comportement discriminatoire⁴³, discriminant⁴⁴, engendrant⁴⁵ ou accentuant⁴⁶ la stigmatisation d'une personne doit être sanctionné car pourrait avoir pour finalité l'exclusion sociale de l'individu et donc une violation de son droit au respect de sa vie privée. En prime de cette protection, la Cour a intégré, de manière implicite, certains droits sociaux dans son champ de protection.

2.2. *L'intégration implicite des droits sociaux au droit conventionnel*

«La Convention ne garantit pas, en tant que tels, les droits socio-économiques»⁴⁷. Malgré cette affirmation de la Cour, il se dessine un mouvement jurisprudentiel qui tend à l'insertion implicite de droits sociaux dans le champ de protection de la Convention. Ce mécanisme trouve dans l'exercice par la Cour d'une interprétation dynamique. En effet, selon elle, il faut se référer

au caractère vivant de la Convention pour interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle et [tenir] compte de l'évolution des normes de droit national et international dans [l']interprétation des dispositions de la Convention⁴⁸.

⁴³ Notamment par le biais de la discrimination indirecte: v. en ce sens, Cour EDH, GC, 13 nov. 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n°57325/00, § 184.

⁴⁴ En garantissant aux individus une véritable protection contre les stéréotypes et les préjugés précarisant la situation sociale des individus; v. en ce sens, Cour EDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06 et Cour EDH, GC, 23 janv. 2023, *Macaté c. Lituanie*, req. n°61435/19, § 202.

⁴⁵ Cour EDH, 18 oct. 2022, *Basu c. Allemagne*, req. n°215/19, § 35.

⁴⁶ Cour EDH, 20 juin 2017, *Bayev et autres c. Russie*, req. n°s67667/09, 44092/12 et 56717/12, § 83.

⁴⁷ Cour EDH, déc., 28 oct. 1999, *Pancenko c. Lettonie*, req. n°40772/98; Cour EDH, déc., 12 nov. 2013, *A. c. Pays-bas*, req. n°60538/13, § 51; Cour EDH, 21 juill. 2015, *A.H. et J.K. c. Chypre*, req. n°s41903/10 et 41911/10, § 145.

⁴⁸ Cour EDH, GC, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97, § 68.

Ainsi, les dispositions de la Convention, pour être effectives, doivent évoluer avec leur époque et leur application doit tenir compte du monde juridique qui les entoure. Elles n'apparaissent pas comme des dispositions isolées du reste du monde, mais plutôt qui s'inspirent et s'adaptent à ce dernier. Cette interprétation va faire entrer le droit de la Convention dans une nouvelle ère en élargissant indirectement le champ de protection des dispositions de la Convention. En d'autres termes, la Cour ne pas va considérer «les dispositions de la Convention comme le seul cadre de référence pour l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient»⁴⁹. Elle va s'inspirer du droit international pertinent pour en adapter les dispositions de la Convention afin qu'elles puissent répondre aux problématiques contemporaines⁵⁰. Pour exemple, lors de son arrêt *Winterstein et autres contre France*, plusieurs réclamations analysées par le Comité européen des droits sociaux⁵¹ vont aider le raisonnement de la Cour pour *in fine* qu'elle déduise implicitement de l'article 8 un droit au logement – initialement garanti par l'article 31 de la Charte sociale européenne révisée⁵². Comme le démontre cet exemple, «les droits sociaux ne sont pas insérés en tant que droits subjectifs ajoutés à la Convention, ils sont “intégrés” implicitement et matériellement par la protection d'un droit conventionnel formel»⁵³.

Ces derniers temps, la socialisation des droits de la Convention semble s'accroître au gré de l'apparition d'une nouvelle notion inspirée de l'article 8: la dignité sociale⁵⁴. Cette dernière protégerait alors la situation sociale des individus et la jouissance des droits aux personnes en situation de vulnérabilité sociale. Mais, ces diverses évolutions met-

⁴⁹ Opinion concordante commune aux Juges TURKOVIĆ, PINTO DE ALBUQUERQUE, BOŠNJAK et SABATO in Cour EDH, GC, 2 fév. 2021, *X. et autres c. Bulgarie*, req. n°22457/16, § 11.

⁵⁰ V. en ce sens, Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73, § 24.

⁵¹ Cour EDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c. France*, req. n°27013/07, §§ 80-89.

⁵² Cour EDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c. France*, req. n°27013/07, §§ 141-142.

⁵³ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, 1^{re} éd., Bruylant, Thèses, coll. Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 2012, p. 207, § 154.

⁵⁴ V. en ce sens, Cour EDH, 19 janv. 2021, *Lacatus c. Suisse*, req. n°14065/15.

tent en lumière une question. Ne serait-il pas temps de réfléchir à une évolution textuelle et structurelle du droit européen des droits de l'Homme protégeant ces avancées?

LA VULNÉRABILITÉ DE L'ETAT DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL RELATIF À L'INVESTISSEMENT

*Walid Ben Hamida**

SOMMARIO: 1. *Le déséquilibre substantiel.* 2. *Le déséquilibre procédural.* 2.1. *L'Etat ignore au moment du consentement le demandeur potentiel et la nature du litige.* 2.2. *L'inaptitude de l'Etat d'introduire des demandes reconventionnelles.* 2.3. *Les demandes abusives.* 3. *Conclusions.*

Résumé

Le concept de vulnérabilité est souvent lié aux personnes physiques. Cependant, il y a aussi un autre terrain de la vulnérabilité à explorer qui concerne les personnes morales. La position de l'Etat dans le contentieux arbitral relatif aux investissements entre Etats et investisseurs privés étrangers pourrait illustrer cette vulnérabilité des personnes morales. Historiquement, l'investisseur privé était considéré comme la partie faible dans le contentieux transnational l'opposant à l'Etat. Cependant, l'avènement de l'arbitrage transnational unilatéral, notamment dans le domaine des investissements, va changer la donne. L'Etat a perdu sa force et sa vigueur historiques. L'arbitrage consenti unilatéralement par les Etats dans les lois nationales et surtout dans les traités d'investissement pourrait renforcer la partie privée face à l'Etat et générer un déséquilibre substantiel et procédural susceptible de faire de l'Etat une partie vulnérable.

Abstract

The concept of vulnerability is often associated with natural persons. However, there is another aspect of vulnerability to explore that concerns legal persons. The position of the State in arbitral disputes related to investments between States and foreign private investors could illustrate this vulnerability of legal persons. Historically, the private investor was considered the weaker party in transnational disputes against the State. However, the emergence of unilateral transnational arbitration, particularly in the field of investments, has changed the situation. The State has lost its historical strength and vigor. The arbitration consented unilaterally by States in national laws and especially in investment

* Professeur à l'Université de Lille.

treaties could strengthen the private party against the State and create a substantial and procedural imbalance, potentially rendering the State a vulnerable party.

Riassunto

Il concetto di vulnerabilità è spesso associato alle persone fisiche. Tuttavia, esiste un altro aspetto della vulnerabilità da esplorare che riguarda le persone giuridiche. La posizione dello Stato nel contenzioso arbitrale relativo agli investimenti tra Stati e investitori privati stranieri potrebbe illustrare questa vulnerabilità delle persone giuridiche. Storicamente, l'investitore privato era considerato la parte debole nel contenzioso transnazionale che lo opponeva allo Stato. Tuttavia, l'avvento dell'arbitrato transnazionale unilaterale, in particolare nel settore degli investimenti, ha cambiato la situazione. Lo Stato ha perso la sua forza e vigore storici. L'arbitrato consentito unilateralmente da parte degli Stati nelle leggi nazionali e soprattutto nei trattati di investimento potrebbe rafforzare la parte privata nei confronti dello Stato e generare uno squilibrio sostanziale e procedurale, che potrebbe rendere lo Stato una parte vulnerabile.

Le concept de vulnérabilité est souvent lié aux personnes physiques. On affirme ainsi dans une thèse sur la vulnérabilité que «la personne physique est celle à laquelle le droit s'intéresse avant tout»¹. Cependant, il y a aussi un autre terrain de la vulnérabilité à explorer qui concerne les personnes morales. On peut penser à cet égard aux entreprises exposées au risque du crédit et du surendettement, aux sociétés soumises à des procédures collectives, aux petites sociétés, aux sociétés coopératives ou familiales et aux associations. Toutes ces personnes peuvent se retrouver face des entités plus puissantes économiquement ou juridiquement. Par ailleurs, en droit de la concurrence, l'abus de puissance économique sur le marché peut également révéler la vulnérabilité d'une entreprise.

La vulnérabilité des personnes morales ne se limite pas aux personnes morales de droit privé. Les personnes morales de droit public peuvent se retrouver dans une telle situation. Ainsi, le Fonds Monétaire International a établi une liste des Etats vulnérable au regard de leur capacité financière. On peut trouver une autre illustration de la vulnérabilité

¹ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse, Limoges, 2004, p. 9.

bilité des personnes morales de droit public, dans le contentieux arbitral relatif aux investissements entre Etats et investisseurs privés étrangers.

Historiquement, l'investisseur privé était considéré comme la partie faible dans le contentieux transnational l'opposant à l'Etat. En effet, l'investisseur se heurtait à plusieurs obstacles d'ordre juridique comme l'immunité, l'incapacité de l'Etat de consentir à l'arbitrage et la nullité de la clause arbitrale conclue par une personne publique. L'investisseur était «l'otage de l'Etat». Non seulement les Etats n'acceptent pas facilement l'arbitrage, mais ils utilisent, parfois avec succès, tous les moyens pour échapper à cette justice privée.

Cependant, depuis les deux sentences historiques rendues sous l'égide du CIRDI: *AAPL c. Sri Lanka*² et *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte*³, une nouvelle configuration arbitrale est née: il s'agit de l'arbitrage unilatéral d'investissement⁴. Dans cet arbitrage, les Etats expriment une offre publique d'arbitrage dans un traité international ou une loi d'investissement. Ces offres s'adressent aux investisseurs privés qui peuvent les accepter en cas de litige d'investissement les opposant aux Etats et déclencher ainsi la procédure arbitrale.

L'avènement de cet arbitrage va changer la donne. L'Etat a perdu sa force et sa vigueur historiques. L'arbitrage fondée sur une offre publique d'arbitrage, exprimée particulièrement dans un traité internationale, adressée aux investisseurs, renforce la partie privée face à l'Etat et génère un déséquilibre substantiel (1) et un déséquilibre procédural (2).

² *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n°ARB/87/3, 27 juin 1990, 30 ILM 577 (1991).

³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. Egypte*, CIRDI, affaire n°ARB/84/3, Première décision sur la compétence du 27 novembre 1985, et deuxième décision sur la compétence du 14 avril 1988: *JDI* 1994, p. 217.

⁴ Voir sur cet arbitrage, W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003, voir aussi O. CACHARD, W. BEN HAMIDA, R. DALMAU, *Droit des affaires internationales. Commerce international et investissement*, LGDJ 2024, § 1584 et s.

1. Le déséquilibre substantiel

La majorité des traités d'investissement qui offrent l'arbitrage ne contiennent que des obligations à la charge des Etats et des droits au profit des investisseurs privés. C'est l'Etat qui doit accorder le traitement juste et équitable. C'est l'Etat qui doit garantir la protection et la sécurité, s'interdire les discriminations et compenser l'investisseur en cas d'expropriation. Ainsi, les traités d'investissement ont été décrits comme «une charte des droits exclusifs des investisseurs privés»⁵ ou «des traités par essence inégalitaires»⁶. Bien plus, les traités d'investissement de la première génération ne prévoient même pas des dérogations ou des exceptions. L'Etat doit garantir aux investissements privés un traitement absolu.

Il est vrai que les traités de la deuxième génération commencent à prévoir des exceptions à la protection de l'investissement, notamment pour protéger l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique. Mais, en dépit de cette évolution et hormis deux traités régionaux⁷, aucun traité d'investissement ne prévoit des obligations à la charge de l'investisseur privé. Ce dernier n'est pas tenu de respecter l'environnement, les droits de l'homme, les normes sociales et d'avoir un comportement éthique.

⁵ H. MANN, *The Right of States to Regulate and International Investment Law: A Comment*, in *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002, UNCTAD 2003, p. 212.

⁶ P. JUILLARD, *Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil?*, in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, 2006, p. 191.

⁷ La Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes de 1980 et l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Coopération Islamique de 1981 sont parmi les rares accords internationaux qui prévoient des obligations à la charge de l'investisseur privé. Voir sur ces deux conventions, W. BEN HAMIDA, *La contribution de la Ligue Arabe à l'élaboration d'un droit régional effectif des investissements étrangers*, in M. VELLANO, *Il Futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche. L'avenir des organisations internationales: perspectives juridiques*, XIX Convegno 26-28 Giugo 2014, Napoli, 2015, pp. 551-568.

A ce titre Ph. Fouchard remarque, «c'est l'Etat qui est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational. Au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre côté»⁸.

A ce déséquilibre substantiel, s'ajoute un autre procédural.

2. Le déséquilibre procédural

L'arbitrage est couramment présenté comme une procédure qui garantit aux parties consentantes un accès réciproque et mutuel à un juge privé. Tout signataire d'une convention d'arbitrage peut, en cas, de litige engager une instance arbitrale et avoir la qualité de demandeur ou de défendeur. Or, l'accès à l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement est inégalitaire. Seul l'investisseur privé peut déclencher l'instance arbitrale. Il choisit le moment de l'affrontement et il a même le monopole de la saisine du tribunal arbitral. Si dans l'arbitrage traditionnel fondé sur une clause d'arbitrage, chaque partie peut avoir la double qualité de demandeur et défendeur, dans l'arbitrage unilatéral, il y a un demandeur exclusif, c'est l'investisseur et un défendeur exclusif qui est l'Etat⁹.

Encore plus, l'Etat qui ne respecte pas l'offre d'arbitrage inégalitaire engagera sa responsabilité internationale. En effet, le consentement à l'arbitrage s'exprime désormais dans une norme internationale. Le consentement contractuel et individualisé laisse la place à un consentement normatif et abstrait. Cet accès inégalitaire au mécanisme arbitral constitue avec le désordre procédural et la multiplication des recours une première illustration du déséquilibre procédural qui caractérise le con-

⁸ P. FOUCHARD, *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie*, in *Philosophie du droit et droit économique. Mélanges offerts à G. Farjat*, Paris, 1999, p. 381 (reproduit dans P. FOUCHARD, *Ecrits droit de l'arbitrage droit du commerce international*, Paris., 2007, pp. 481-482).

⁹ Sur l'inégalité de l'arbitrage unilatéral, voir W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003, pp. 1-26.

tentieux transnational en matière d'investissement. D'autres manifestations de ce déséquilibre procédural seront examinées à tour de rôle.

2.1. L'Etat ignore au moment du consentement le demandeur potentiel et la nature du litige

Dans l'arbitrage unilatéral d'investissement, l'Etat offre l'arbitrage à des personnes indéterminées. Il est l'auteur d'une offre public d'arbitrage *erga omnes* et collective. L'Etat lorsqu'il accepte l'arbitrage ne connaît pas l'identité du bénéficiaire éventuel. En effet, dans l'arbitrage traditionnel fondé sur une clause d'arbitrage, chaque signataire de la clause connaît son contradicteur éventuel en cas d'engagement d'une procédure arbitrale. Dans l'arbitrage d'investissement l'Etat consent l'arbitrage au profit d'un inconnu. Il signe un chèque en blanc pour un bénéficiaire indéterminé.

En effet, même si l'offre d'arbitrage s'adresse aux seuls investisseurs protégés par le traité, le cercle des bénéficiaires est indéterminé.

Ainsi, pour les personnes physiques, la majorité des traités d'investissement retiennent comme critère la nationalité pour déterminer les bénéficiaires. Il suffit d'avoir la nationalité d'un Etat contractant pour pouvoir engager une procédure arbitrale unilatérale. D'autres TBI, notamment ceux conclus par le Canada, ajoutent la résidence. Le critère de la résidence élargie la protection et conduit même à une double protection. En effet, les résidents sont souvent protégés par les traités conclus par les Etats dont ils ont la nationalité.

Pour les groupements¹⁰, les traités d'investissement retiennent des critères souples. Un nombre important des traités, notamment ceux conclus par les Pays-Bas, se réfère au seul critère de l'incorporation pour déterminer les investisseurs protégés. Ce rattachement formel et souple explique pourquoi un nombre important des requêtes d'arbitrage émanent d'investisseur venant des Pays-Bas. Les statistiques de la CNUCED montrent que sur les 696 demandes d'arbitrage fondées sur un traité d'investissement, 138 ont été introduites par des investisseurs

¹⁰ Ce terme est plus approprié pour désigner les bénéficiaires autres que les personnes physiques. En effet, la personnalité morale n'est pas souvent exigée pour bénéficier d'un traité d'investissement.

américains et 80 par des sociétés incorporées aux Pays Bas, faisant des investisseurs de ces deux Etats, les premiers utilisateurs du système¹¹.

Les Pays-Bas est un vrai «paradis arbitral». On rapporte ainsi qu'en 2011, 20 miles sociétés boîte à lettre ont été créés aux Pays Bas pour bénéficier du réseau conventionnel néerlandais en matière fiscale et en matière d'investissement¹². Dans l'affaire *Saluka Investments*¹³, Saluka était une société contrôlée à 100% par des japonais et a utilisé le TBI République Tchèque-Pays-Bas. Le tribunal tout en constatant que de société demanderesse n'avait que des liens formels avec les Pays Bas a énoncé qu'il ne pouvait pas exclure la protection de ces sociétés lorsqu'elles sont visées par le TBI. C'est aux Etats de définir l'investisseur protégé et ceux-ci ont choisi de le faire largement. Ils ne peuvent pas revenir sur cette définition en invoquant un rattachement complaisant. Le critère de l'incorporation peut même mettre l'Etat hôte face à des réclamations émanant de sociétés contrôlées par ses nationaux qui créent des sociétés à l'étranger. Ce cas s'est produit dans l'affaire *Tokios Tokenles*¹⁴ et dans l'affaire *Yukos Universal*¹⁵.

Bien plus, dans l'arbitrage d'investissement, les actionnaires peuvent agir pour ce qu'on appelle le «reflective loss» ou la «perte par réflexion». En d'autres termes, un investisseur protégé, peut recourir à l'arbitrage en sa qualité d'actionnaire même si sa participation est minoritaire et en dépit de l'existence d'un recours parallèle initié par la société dans laquelle il y a des actions¹⁶. Il s'agit là d'une ouverture

¹¹ Voir le site web de UN Trade & Development <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>.

¹² R. VAN OS, R. KNOTTNERUS, *Dutch Bilateral Investment Treaties A gateway to „treaty shopping“ for investment protection by multinational companies*, SOMO, Amsterdam, October 2011 (disponible en ligne sur http://somo.nl/publications-en/Publication_3708).

¹³ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 mars 2006.

¹⁴ *Tokios Tokenles v. Ukraine*, Décision sur la compétence, 29 avril 2004.

¹⁵ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 novembre 2009.

¹⁶ Sur la question, D. GAUKRODGER, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment, 23 juillet 2014 (disponible en ligne sur <http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/investment-treaties-and-shareholder->

spectaculaire. Dans le contentieux interne et international, l'actionnaire ne dispose pas d'un titre d'agir que dans des circonstances exceptionnelles. Chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus. Seuls les droits propres des membres, tel que le droit de participer à l'assemblée générale ou le droit à une partie au bénéfice, peuvent faire l'objet d'une demande individuelle.

Bref, tout le monde peut agir contre l'Etat: le national, le résident, les groupements, les actionnaires, voire parfois les doubles nationaux. Tout le monde est invité à ce «free lunch arbitral». On parle ainsi de démocratisation, de collectivisation, de généralisation et de banalisation de l'arbitrage transnational. Le consentement de l'Etat à l'arbitrage n'est plus un privilège difficile à négocier et à obtenir.

Qui plus est, dans l'arbitrage unilatéral, l'Etat qui accepte l'arbitrage ne connaît pas la nature du litige. En fait, l'Etat offre l'arbitrage relatif à un litige indéterminé au profit d'investisseur indéterminé.

De leur côté, certains arbitres, très généreux sur la compétence ont accentué ce déséquilibre. On évoque dans ce domaine les arbitres «dieux», «marteaux», «supermen» qui n'hésitent pas à élargir à l'extrême leur compétence se sentant supérieurs et incontrôlables, car ils tirent leur pouvoir d'un traité international et non d'une simple clause contractuelle.

2.2. *L'inaptitude de l'Etat d'introduire des demandes reconventionnelles*

Dans l'arbitrage transnational traditionnel, fondé sur des clauses contractuelles d'arbitrage, les demandes reconventionnelles ont été traditionnellement admises par les tribunaux arbitraux¹⁷. En revanche, dans l'arbitrage transnational unilatéral, il existe des doutes sur la com-

claims-for-reflective-loss-insights-from-advanced-systems-of-corporate-law_5jz0xvngmr3-en).

¹⁷ Voir par exemple, *Lena Goldfields Ltd. c./ URSS*, Sentence rendue en septembre 1930, décrite dans A. NUSSBAUM, *The Arbitration Between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government*, in *Cornell L.Q.*, 36, 1950, p. 31 et *RSM Production Corporation c./ Grenada*, ICSID Case No ARB/05/14, sentence du 13 Mars 2009.

pétence d'un tribunal arbitral pour statuer sur les demandes reconventionnelles de l'Etat.

Certains traités d'investissement limitent le domaine d'arbitrage au seul contrôle des comportements étatiques, ce qui exclut les demandes reconventionnelles. C'est le cas des TBI dont l'offre d'arbitrage vise «tout litige relatif à la violation des obligations prévues dans le TBI» ou «tout litige relatifs à l'application et l'interprétation des dispositions du traités» (qui ne contient comme on l'a démontré que des obligations à la charge des Etats). En conséquence, l'Etat ne peut pas introduire une demande reconventionnelle contre un investisseur. Ainsi, dans la sentence *Spyridon Roussalis c./ Roumanie*¹⁸, le tribunal arbitral a noté que le TBI ne prévoyait pas d'obligations à la charge de l'investisseur privé et que la lettre du traité limitait la compétence du tribunal arbitral aux seules demandes introduites par l'investisseur.

L'arbitrage d'investissement se transforme en «arbitrage accusatoire». L'Etat ne peut que se défendre et sa tâche n'est pas facile car les traités d'investissement prévoient souvent des droits sans exception. On note que la Commission européenne des droits de l'homme a affirmé qu'en l'absence d'une juridiction alternative devant laquelle une partie pouvait efficacement faire valoir ses droits, l'exclusion des demandes reconventionnelles pouvait affecter l'égalité des armes entre les parties de façon à rendre la procédure injuste au sens de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹.

¹⁸ *Spyridon Roussalis c./ Roumanie*, Sentence rendue le 7 décembre 2011. Voir sur la question des demandes reconventionnelles, W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu: dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé*, in *Revue international Law FORUM du Droit International*, 4, 2005, pp. 261-272 et W. BEN HAMIDA, *Les demandes reconventionnelles dans l'arbitrage relatif aux investissements*, in *Cahiers de l'Arbitrage/ The Paris Journal of International Arbitration*, 4, 2012, pp. 919-930.

¹⁹ *Nicos Shacolas c./ Chypre*, Application No. 20492/92, Commission européenne des droits de l'homme, seconde Chambre, 2 mars 1994.

2.3. Les demandes abusives

L'ouverture et la banalisation de l'arbitrage ont généré certaines procédures abusives. Le différend soumis à l'arbitrage, dans ce cas, est dépourvu de tout contenu. Il n'est qu'«une enveloppe vide»²⁰.

Les raisons de l'abus de l'arbitrage d'investissement sont diverses: exercer une pression sur l'Etat et le déstabiliser; espoir que l'atteinte à l'image et à la réputation de l'Etat en raison d'une procédure arbitrale ou de plusieurs procédures l'amènera à transiger; mauvais conseil des avocats; attirer l'attention des médias, arrêter une procédure pénale, la volonté de certains d'utiliser l'arbitrage comme une technique de pari surtout aujourd'hui avec les possibilités d'obtenir des financements par un tiers; besoin d'afficher une créance dans le bilan à la veille d'une assemblée générale, désespoir devant une action brutale de l'Etat²¹. Parfois, l'arbitrage d'investissement est utilisé comme un moyen de pression pour suspendre l'adoption d'une loi défavorable à l'investisseur ou pour arrêter une réforme ayant des impacts négatifs sur l'investissement. Dans ces cas, on ne peut pas parler de requête arbitrale, mais de «racket arbitral» selon l'expression de Y. Derains²².

3. Conclusions

On peut se demander pourquoi les Etats consentent-ils à un tel arbitrage. L'une des raisons invoquées est l'attraction des investissements étrangers. Or, il n'y a aucune corrélation évidente et les flux d'investissement et les traités d'investissement. Malgré l'absence de ces traités et l'inexistence d'offre arbitrage, de nombreux pays attirent les flux d'investissements. Il a été affirmé, cependant, que le but des traités d'investissement est la sécurité juridique et non pas la promotion des

²⁰ Opinion séparée du juge Sir Gerald Fitzmaurice, *Affaire du Cameroun Septentrional, (Cameroun c. RU) (objections préliminaires)* [1963] ICJ Rep 15, 97, p. 107.

²¹ Y. DERAIS, *Les techniques anti-recours abusifs*, in F. HORCHANI (ed.), *Le CIR-DI Bilan d'un système*, Paris, 2011, p. 243.

²² *Précité*.

flux d'IED²³. Certains estiment que le déséquilibre qui caractérise ce mécanisme n'est pas choquant dans la mesure où l'Etat peut saisir ses propres juridictions pour sanctionner l'investisseur privé. Ce raisonnement n'emporte pas notre conviction. En effet, l'Etat qui saisit ses propres juridictions obtient un jugement étatique qui ne bénéficie pas des facilités d'exécution prévues dans la Convention CIRDI et dans la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

Il y a aujourd'hui et il faut le reconnaître «un ras le bal» général de l'arbitrage d'investissement. Certains ONG, hommes politiques et parlementaires ont fait de l'arbitrage d'investissement «l'ennemi à abattre». Des juges nationaux, constatant des excès commis par certains arbitres, n'ont pas hésité à annuler des sentences rendues en application des traités d'investissement. La question de la réforme du mécanisme est plus que d'actualité. On abroge les traités d'investissements. La Cour de justice de l'Union Européenne a déclaré incompatible avec le droit de l'Union européenne les offres d'arbitrages exprimées dans les traités d'investissement intra-européen²⁴. Le 5 mai 2020, 23 Etats membres de l'Union européenne ont signé à Bruxelles par un accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européens. L'accord est entré en vigueur pour la France le 28 août 2021. Il met un terme à 144 traités d'investissement intra-européens. L'accord met expressément fin aux clauses d'arbitrage prévues dans ces conventions et aux «clauses de survie». En particulier, l'article 5 de cet accord prévoit qu'aucun arbitrage ne peut être engagé en application de la clause figurant dans un traité bilatéral. Le 19 février 2023, les Etats membres de l'Union africaine ont adopté le Protocole sur l'investissement à l'Accord sur la zone de libre-échange continentale africaine ("AfCFTA"). Le Protocole n'est pas accessible au public, le dernier

²³ Sur l'impact économique des traités d'investissements et de l'arbitrage unilatéral, Voir UNCTAD, *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998-2014*, IIA Issues Note, September 2014 (disponible en ligne sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/unctad-web-diae-pcb-2014-Sep%2024.pdf>).

²⁴ Arrêt dans l'affaire C-284/16 *Slowakische Republik c/Achmea BV*, 6 mars 2018. CJUE, 6 Mars 2018, aff. C 284/16.

projet datant de janvier 2023, supprime toute offre d'arbitrage. Le chapitre 7 sur l'administration et le règlement des litiges prévoit, pour le moment après une procédure amiable entre l'Etat et l'investisseur²⁵ un retour à la protection diplomatique conformément au droit international coutumier (article 44)²⁶. Le même protocole prévoit que les TBI conclus entre les Etats membres du continent doivent être terminés dans un délai de 5 ans à partir de l'entrée en vigueur du protocole y compris leurs clauses de survie. Il interdit aussi la conclusion des nouveaux TBI. Quant aux accord d'investissements régionaux, ils doivent, selon le même protocole, être révisés pour être aligné sur le protocole²⁷. On avance la création d'une cour d'investissement. On essaye de rééquilibrer les obligations de fond. On prévoit la possibilité pour l'Etat d'introduire des demandes reconventionnelles. On pense à des mécanismes pour lutter contre l'abus comme les «diapositive motions»²⁸. On préconise le recours aux modes alternatifs non juridictionnels de règlement des litiges pour régler le contentieux transnational.

En tout cas, les investisseurs doivent comprendre qu'un régime trop protecteur de leurs droits ne sert pas nécessairement leurs intérêts. Comme il a été signalé depuis fort longtemps, l'avenir des relations entre États et investisseurs réside d'abord dans une atmosphère de compréhension mutuelle des intérêts en présence plutôt que dans l'excès de la protection et l'accumulation des droits absolus²⁹.

²⁵ Article 46 Dispute Resolution.

²⁶ Chapter 7 *Management and settlement of disputes*, Article 44.

²⁷ Article 49.

²⁸ Voir sur ces réformes, W. BEN HAMIDA, *Où va l'arbitrage d'investissement*, in *Où va l'arbitrage international? De la crise au renouveau. Journées d'Etudes méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb*. Journées d'Istanbul 8-9 avril 2016, sous la dir. de F. Osman et C. Yildirim, LexisNexis 2017, pp. 395-417 et W. BEN HAMIDA, *L'évolution du droit des investissements vers une limitation de la protection procédurale*, in S. EL BOUDOUHI, L. DUBIN, R. BACHAND (dir.), *Vers l'émergence d'un nouveau paradigme en droit international économique?*, Paris, 2024, pp. 273-294.

²⁹ En ce sens, P. WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *RCADI*, 1969/III, p. 111.

REGARDS JURIDIQUES DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LES ENJEUX DE DURABILITÉ

PREMIÈRES RÉFLEXIONS SUR LE RÔLE DE LA COMPARAISON DANS LA DURABILITÉ A L'ÉCHELLE INTERNATIONALE ET SUPRANATIONALE

*Caterina Bergomi**

SOMMARIO: 1. Introduction: contexte international et européen. 2. Aperçu de l'évolution du cadre législatif européen. 3. L'apport du droit comparé. 4. Conclusion.

Résumé

Ce texte présente des premières réflexions sur les questions juridiques liées à la durabilité dans l'Union européenne, en soulignant l'interaction entre le droit comparé et les normes environnementales. Il explore l'évolution du cadre juridique international, mais surtout européen, sur la durabilité, en soulignant l'importance d'une approche interdisciplinaire et d'une coopération à plusieurs niveaux. L'article aborde également le rôle central de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'harmonisation des normes et des pratiques environnementales. En conclusion, il appelle à des recherches futures pour renforcer la législation sur la durabilité et promouvoir des solutions efficaces aux défis environnementaux contemporains.

Abstract

The paper presents initial reflections on legal issues related to sustainability in the European Union, highlighting the interplay between comparative law and environmental standards. It explores the evolution of the international, but especially European, legal framework on sustainability, highlighting the importance of an interdisciplinary approach and multi-level cooperation. The article also discusses the central role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the harmonisation of environmental standards and practices. In conclusion, it calls for future research to strengthen sustainability legislation and promote effective solutions to contemporary environmental challenges.

* Chercheur postdoctoral, Faculté de droit, Université de Trento (Italie).

Riassunto

L'elaborato presenta le riflessioni iniziali sulle questioni giuridiche relative alla sostenibilità nell'Unione europea, evidenziando l'interazione tra diritto comparato e norme ambientali. Esplora l'evoluzione del quadro giuridico internazionale, ma soprattutto europeo, sulla sostenibilità, evidenziando l'importanza di un approccio interdisciplinare e di una cooperazione a più livelli. L'articolo discute anche il ruolo centrale della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nell'armonizzazione degli standard e delle pratiche ambientali. In conclusione, invita alla ricerca futura per rafforzare la legislazione sulla sostenibilità e promuovere soluzioni efficaci alle sfide ambientali contemporanee.

1. Introduction: contexte international et européen

La durabilité se réfère à la capacité de maintenir ou de soutenir un certain processus ou état dans le temps. C'est un principe fondamental qui s'applique à divers domaines¹, et ce concept revêt un double sens, englobant à la fois l'idée de durée et celle de soutenabilité sur les plans économique, social et environnemental². Il apparaît donc que la durabilité ne peut être atteinte sans prendre en compte la justice sociale, les opportunités économiques et la protection de l'environnement³. Par exemple, dans un contexte environnemental, cela implique l'utilisation responsable des ressources naturelles afin de préserver l'écosystème et la biodiversité pour les générations futures.

Le développement durable est fortement lié à la notion de durabilité et peut être représenté comme un moyen pour l'atteindre. Cette notion a été popularisée par le rapport Brundtland de 1987⁴, qui a défini le déve-

¹ Nations Unis, voir *Durabilité*, disponible en ligne <https://www.un.org/fr/impact-universitaire/durabilit%C3%A9>.

² J. GUILLAUME, *Le système productif d'énergie de la Basse-Loire, quelle durabilité?*, in *Géoconfluences*, février 2014. V. également: *Géoconfluences, Glossaire voir Durabilité*, disponible en ligne <https://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/durabilite>.

³ V. S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK, *Intersections of Environmental Justice and Sustainable Development*, in S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK (eds.), *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, Cambridge, 2021, p. 9.

⁴ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-commo>

veloppement durable comme la satisfaction des besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs à travers un équilibre entre le développement économique, la justice sociale et la protection de l'environnement⁵. Ainsi, le développement durable s'inscrit dans une approche intégrée visant à harmoniser ces trois dimensions essentielles⁶. Cette perspective a été réaffirmée lors du Sommet mondial sur le développement durable de 2002⁷, qui a défini le «triangle du développement durable» comprenant la durabilité environnementale, économique et sociale⁸.

Désormais, les enjeux liés au développement durable et à l'environnement émergent comme des mégatendances mondiales, soulignant leur importance cruciale. Lors de la COP28 à Dubaï le président du Conseil européen, Charles Michel, a déclaré: «La Terre appartient à nos

n-future.pdf. V. également: M.M. KENIG-WITKOWSKA, *The Concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law*, in *Journal of Comparative Urban Law and Policy*, 1, 1, art. 6, 2017, p. 64. Disponible en ligne sur: <https://readingroom.law.gsu.edu/jculp/vol1/iss1/6>. S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK, *Intersections of Environmental Justice and Sustainable Development*, cit.

⁵ «Un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins», Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement / Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, p. 41, disponible en ligne sur <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. V. également: Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, *L'Agenda 2030 e il contesto internazionale*, disponible en ligne sur <https://www.mite.gov.it/pagina/il-contesto-internazionale>; EurLex, voir *Sustainable development*, disponible en ligne sur https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/sustainable_development.html?locale=en.

⁶ Le concept de développement durable est désormais intégré dans les recherches et réflexions des juristes mais aussi des chercheurs d'autres disciplines, comme l'économie, l'éthique et la philosophie. Voir: D. MARRANI (ed.), *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, Napoli, 2017, p. 21.

⁷ Nations Unis, *Sommet mondial pour le développement durable, du 26 août au 4 septembre 2002, Johannesburg*: <https://www.un.org/en/conferences/environment/johannesburg2002>.

⁸ M. SILVESTRI, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione, Strategie e pratiche delle culture contemporanee*, in *Gentes*, anno II numero 2 - dicembre 2015, anno II numero 2.

enfants», soulignant ainsi l'impératif existentiel qui dépasse les simples slogans publicitaires. Il a insisté sur la nécessité d'une mobilisation totale pour protéger l'humanité⁹.

De plus, le domaine environnemental est caractérisé par son caractère d'«internormativité»¹⁰, illustrant l'interconnexion entre l'éthique, le droit, la science et la culture¹¹. Cette osmose souligne l'importance d'une approche holistique pour aborder les défis de durabilité.

Dans ce cadre, il est essentiel de considérer l'environnement et les normes qui y sont associées, en s'appuyant sur un sens commun minimal qui permet d'identifier un référent sur lequel il existe un certain consensus entre les parties prenantes. Cette idée, inspirée des réflexions de Mario Jori sur le concept de droit¹², souligne l'importance pour le juriste interprète et le législateur de partager une représentation mentale commune de ce que le terme «environnement» implique¹³. Une telle représentation doit être communiquée à divers niveaux pour avoir un impact global. Elle s'inscrit dans une dynamique plus large où les normes juridiques jouent un rôle crucial, tant au niveau international

⁹ Speech by President Charles Michel at the UN climate change conference (COP28) in Dubai, disponible en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/01/address-by-president-charles-michel-at-the-un-climate-change-conference-cop28-in-dubai/>. Dipartimento per gli Affari Europei, *European Green Deal*, disponible en ligne sur <https://www.affarieuropei.gov.it/it/comunicazione/europa-role/european-green-deal/>; Conseil Européen, *COP 28 - Sommet mondial de l'action pour le climat, Dubaï, Émirats arabes unis, 1-2 décembre 2023 - Principaux résultats*, disponible en ligne sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/international-summit/2023/12/01-02/>.

¹⁰ D'autres traditions juridiques utilisent le terme «principes post-modernes». Dans la doctrine italienne l'adjectif «metagiuridico» est utilisé pour désigner tout principe ou norme concernant la protection de l'environnement qui agit de façon à réguler certains phénomènes ou processus. Voir: D. MARRANI (ed.), *op. cit.*, p. 15.

¹¹ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Éthique environnementale et droit international*, in N. BOSCHIERO (ed.), *Ordine internazionale e valori etici*, 2004, p. 288 ss. – cité par D. MARRANI (ed.), *op. cit.*, p. 15.

¹² Voir entre autres: M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014.

¹³ F. MANCIN, *Cosa ne è parte? Osservazioni mereologiche applicate ai concetti giuridici del diritto ambientale ed alle sue concezioni*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, Opinioni e segnalazioni 3, 2019, p. 105.

qu'européen. En effet, la conscience croissante de l'importance des problèmes environnementaux exige une coopération à plusieurs niveaux: internationale, supranationale et nationale. En plus de l'apport des juristes, qu'ils soient législateurs ou interprètes, la contribution des comparatistes est également essentielle – un aspect qui sera exploré plus en détail.

Le texte se développera de la manière suivante: dans une première partie, sans prétendre à l'exhaustivité, les contextes juridiques international et européen seront brièvement exposés, avec un accent particulier mis sur les spécificités et les évolutions du cadre européen, qui seront développées dans le paragraphe suivant.

Dans une deuxième partie, des aspects méthodologiques de droit comparé seront introduits, soulignant sa possible contribution à l'étude du droit de l'environnement et de la durabilité.

Nous nous limiterons ici à présenter quelques brèves indications sur le droit international de l'environnement. Initialement développé de manière sectorielle pour répondre à des problématiques spécifiques, ce cadre juridique a progressivement évolué vers une approche plus globale et unifiée, en grande partie grâce aux efforts coordonnés de la communauté internationale, notamment à travers des grandes conférences des Nations unies et à l'adoption d'accords de portée universelle¹⁴. Les instruments conventionnels et de *soft law* se sont rejoints

¹⁴ Les principales conférences des Nations unies sur l'environnement, mises à jour à ce jour, comprennent: la Conférence des Nations unies sur l'environnement humain de 1972 à Stockholm, qui a conduit à la création du PNUE; le Sommet de la Terre de 1992 à Rio de Janeiro, qui a donné lieu à l'Agenda 21 et aux conventions sur le changement climatique et la biodiversité; le Sommet mondial sur le développement durable de 2002 à Johannesburg; et Rio+20 en 2012, qui a inspiré les Objectifs de développement durable (ODD). Les conférences des parties (COP) de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) qui ont suivi, telles que la COP21 à Paris (2015) et la COP26 à Glasgow (2021), pour de nouveaux engagements climatiques, et la COP28 à Dubaï (2023), qui continue à se concentrer sur l'action climatique et la transition énergétique. La prochaine COP29 se tiendra du 11 au 22 novembre 2024 à Bakou, en Azerbaïdjan. Parallèlement, la COP sur la biodiversité (dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique), comme la COP15 à Montréal (2022) et la COP16 à Cali (21 octobre - 1^{er} novembre 2024), vise à protéger et restaurer les écosys-

depuis la Déclaration de Rio de 1992¹⁵. En outre, le paradigme du développement durable s'est de plus en plus imposé¹⁶. À cet égard, il convient également de mentionner l'Agenda 2030¹⁷ pour le développement durable, signé en septembre 2015 par les gouvernements des 193 États membres. Ce programme d'action pour les personnes, la planète et la prospérité intègre 17 objectifs de développement durable dans un grand programme d'action avec un total de 169 cibles. Les objectifs de développement s'inscrivent dans le prolongement des objectifs du Millénaire pour le développement qui les ont précédés et représentent des objectifs communs sur un ensemble de questions importantes en matière de développement: la lutte contre la pauvreté, l'éradication de la faim et la lutte contre le changement climatique, pour n'en citer que quelques-unes. L'expression «objectifs communs» signifie qu'ils concernent tous les pays et tous les individus: personne n'est exclu et personne ne doit être laissé pour compte sur le chemin nécessaire pour mettre le monde sur la voie de la durabilité¹⁸.

Quant à l'Union Européenne (UE), elle doit promouvoir des politiques environnementales, climatiques et énergétiques ambitieuses à l'échelle mondiale. Une «diplomatie du Green Deal» s'avère essentielle pour inciter d'autres acteurs à s'engager activement dans le développe-

tèmes de la planète, un enjeu de plus en plus pressant de la gouvernance environnementale.

¹⁵ D. MARRANI (ed.), *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁶ Initialement, le droit au développement a été promu par le Sud Global comme une manifestation du droit à l'autodétermination et a fonctionné en parallèle avec le développement durable jusqu'à l'adoption des objectifs de développement durable (ODD) en 2015. Le développement durable, qui est apparu au fil du temps comme un cadre de gouvernance environnementale, représentait une alternative au paradigme économique traditionnel. Comme cela a été souligné, ce concept a beaucoup évolué depuis qu'il a été popularisé par le rapport Brundtland. V. S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK, *Intersections of Environmental Justice and Sustainable Development*, cit., p. 3.

¹⁷ Nazioni Unite, *Obiettivi per lo sviluppo sostenibile*, disponible en ligne <https://unric.org/it/agenda-2030/>; Nations Unis, *Objectifs de développement durable*, disponible en ligne <https://unric.org/fr/developpement-durable/>.

¹⁸ Nazioni Unite, *Obiettivi per lo sviluppo sostenibile*, disponible en ligne <https://unric.org/it/agenda-2030/>; ONU - Programme pour l'environnement, *UNEP and the Sustainable Development Goals*, disponible en ligne <https://www.unep.org/fr/node/34181>.

ment durable. À cette fin, la Commission européenne et le Haut Représentant collaborent étroitement avec les États membres pour mobiliser tous les canaux diplomatiques disponibles, y compris ceux des Nations Unies, du G7, du G20 et de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)¹⁹. L'Union européenne, avec son système juridique complexe où se rejoignent diverses perspectives, joue un rôle crucial dans l'atteinte des Objectifs de Développement Durable (ODD) des Nations unies. En effet, l'UE et ses États membres se positionnent comme les principaux bailleurs de fonds mondiaux, ayant collectivement fourni une aide publique au développement atteignant 92,8 milliards d'euros en 2022²⁰. Comme l'illustre le paragraphe suivant, l'évolution du cadre législatif de l'Union européenne témoigne d'un engagement de plus en plus marqué en faveur de la durabilité et de la protection de l'environnement.

2. Aperçu de l'évolution du cadre législatif européen

Le cadre législatif européen relatif à la protection de l'environnement et au développement durable a connu une transformation. Depuis le traité de Rome, qui ne faisait aucune référence à la politique ou à la

¹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Le pacte vert pour l'Europe* - COM/2019/640 final, disponible en ligne: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>; European Commission, *Environnement*, disponible en ligne: https://environment.ec.europa.eu/index_en; European Commission, *EU approach to SDGs implementation*, disponible en ligne: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-whole-government-approach_fr.

²⁰ «L'Union européenne est un acteur central pour la réalisation des Objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies. L'UE et ses États membres restent conjointement le premier bailleur de fonds au monde. En 2022, ils ont fourni 43% de l'aide publique au développement (APD). L'APD collective a augmenté, pour atteindre 92,8 milliards d'euros en 2022, contre 71,6 milliards d'euros en 2021. Depuis quinze ans, le groupe AFD travaille de façon approfondie avec l'UE pour renforcer l'impact et l'efficacité de ses financements». AFD - Agence française de développement, disponible en ligne: [https://www.afd.fr/fr/europe#:~:text=L'Union%20europ%C3%A9enne%20est%20un,publique%20au%20d%C3%A9veloppement%20\(APD\)](https://www.afd.fr/fr/europe#:~:text=L'Union%20europ%C3%A9enne%20est%20un,publique%20au%20d%C3%A9veloppement%20(APD)).

protection de l'environnement, des avancées significatives ont été réalisées²¹. Le Traité d'Amsterdam a introduit l'expression "développement équilibré et durable"²² parmi les objectifs de l'UE. Le Traité de Lisbonne a ensuite précisé cette notion en ajoutant le développement durable de l'Europe et de la Terre comme objectifs de l'UE²³. La Charte des droits fondamentaux de l'UE – voir article 37 – exige que la protection de l'environnement soit intégrée dans les politiques de l'Union, conformément au principe de développement durable²⁴. Dans le cadre du TFUE, les objectifs et considérations environnementaux sont prioritaires grâce à l'inclusion des articles 191-193, qui fixent les objectifs de l'UE. Il est possible de constater que, tout au long du développement du droit communautaire harmonisé de l'environnement, les approches

²¹ M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *The European Union*, in E. LEES, J. VIÑUALES (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, 2019, pp. 150-151.

²² Traité d'Amsterdam - Article 2: «La Communauté a pour mission, ..., de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres». Assemblée Nationale, *Le traité d'Amsterdam et le développement durable en Europe*, disponible en ligne: https://www.assemblee-nationale.fr/12/contrôle/delat/dates_cles/traité_amsterdam.asp.

²³ Traité de Lisbonne - Article 2: «3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe ... fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. 5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, ...». Parlement européen, *Fiches thématiques sur l'Union européenne - Politique environnementale: principes généraux et cadre de base*, disponible en ligne, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/71/politique-environnementale-principes-generaux-et-cadre-de-base>.

²⁴ M. KENIG-WITKOWSKA, *op. cit.*, p. 66.

comparatives jouent un rôle central. L'UE s'est inspirée de ses États membres et d'ailleurs²⁵.

Le Green Deal européen («pacte vert pour l'Europe»), dernière expression de la politique européenne de la durabilité, vise à réduire à zéro les émissions nettes de gaz à effet de serre dans l'Union d'ici à 2050. Cette initiative vise non seulement à protéger la santé et le bien-être des citoyens mais aussi à moderniser l'économie européenne selon un nouveau modèle de durabilité environnementale efficace et compétitif. Il est important de souligner que la mise en œuvre du Green Deal nécessite une transformation profonde des systèmes de production, de l'organisation du travail, des comportements sociaux et de l'UE elle-même²⁶.

Le pacte vert pour l'Europe est un ensemble de mesures visant à engager l'UE sur la voie de la transition écologique, l'objectif ultime étant d'atteindre la neutralité climatique à l'horizon 2050. Il favorise la transformation de l'UE en une société juste et prospère dotée d'une économie moderne et compétitive²⁷.

Le pacte vert a pour objectif de surpasser la vision fragmentée de l'action, souvent limitée au déploiement des énergies renouvelables, en réponse aux défis climatiques. L'adoption de la première loi climat européenne par le Parlement et le Conseil en juin 2021²⁸ est la première manifestation concrète du pacte vert. Cette loi fixe l'objectif de 2030 à une réduction de 55% des émissions. Pour la première fois, elle établit

²⁵ M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *op. cit.*, pp. 150-153. V. également L. ANTONIOLLI, *Climate Litigation e diritto ambientale transnazionale. Il ruolo del diritto comparato*, in P.G. MONATERI (ed.), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, 2024.

²⁶ L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in Jus-Online, 2/2020, disponible en ligne: <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-il-green-deal-europeo-inquadramento-giuridico-e-prospettive-di-attuazione-5330.html>.

²⁷ Conseil européen, *Pacte vert pour l'Europe*, disponible en ligne: <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/green-deal/>.

²⁸ Règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) n°401/2009 et (UE) 2018/1999 («loi européenne sur le climat»), disponible en ligne: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32021R1119>; https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law_fr.

l'objectif de zéro émission nette d'ici 2050. Ces objectifs sont maintenant obligatoires au sein de l'Union. En juillet 2021, la Commission a proposé le paquet Fit for 55 («Ajustement à l'objectif 55%») qui constitue le cœur du pacte vert, en alignant l'ensemble du cadre réglementaire énergie-climat sur ces nouveaux objectifs²⁹.

3. *L'Apport du Droit Comparé*

Pour comprendre pleinement l'importance du droit comparé, il est essentiel d'explorer brièvement ses origines et son évolution à travers les siècles.

Le XIXe siècle marque le début des comparaisons juridiques modernes entre différents systèmes juridiques. Comme on le rappelle, la méthode a été mise au point lors du Congrès de Paris en 1900 et, depuis lors, la comparaison aspire à devenir une discipline scientifique à part entière³⁰. Cette évolution est due à l'émergence d'une curiosité scientifique pour diverses disciplines telles que la littérature, la linguistique, l'anatomie et la botanique, qui ont enrichi les branches du savoir. Les juristes ont alors commencé à utiliser des outils méthodologiques spécifiques pour effectuer ces comparaisons³¹.

Le droit comparé a été initialement développé à l'époque des États-nations et utilisé pour définir les différences et les similitudes dans le cadre plus large de la définition, de la construction et de la transformation des identités juridiques. Dans la poursuite de cette mission, cette science s'est longtemps concentrée sur le droit positif des systèmes juridiques nationaux, en particulier dans le cadre du droit privé. À l'origine, l'objectif premier de la comparaison est de mesurer les similitudes et les différences. Toutefois, à partir du début, le droit comparé contenait déjà les germes qui favorisent l'analyse des différentes formes de

²⁹ C. DEFARD, *Le pacte vert pour l'Europe: vers la neutralité climat*, in *Constructif*, 1, 64, 2023, pp. 58-62, p. 62, disponible en ligne: <https://institutdelors.eu/publications/l-e-pacte-vert-pour-leurope-vers-la-neutralite-climat/>.

³⁰ Parmi d'autres voir: U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford, 2019.

³¹ R. SCARCIGLIA, *Methods and legal comparison: challenges for methodological pluralism*, Cheltenham, 2023, p. 21.

liens entre le droit, la culture générale et les forces qui la produisent et sa dynamique. Le cœur de la première approche de droit comparé est la tentative de trouver des normes en tant qu'éléments constitutifs des origines juridiques: les nuances culturelles et historiques ne pouvaient être qu'entrevues, mais l'idée que le droit et la normativité s'inscrivent dans un contexte culturel était déjà présente³².

En substance, il s'agit de prendre en compte le cadre culturel, social et économique lors de la comparaison des systèmes juridiques. Il est important de considérer les différents rôles joués par les élites législatives dans le processus juridique³³ et leur influence sur la création des règles. Cela signifie qu'il ne suffit pas de se limiter à l'analyse des règles juridiques formelles. Il est également nécessaire d'examiner en profondeur les aspects juridiques et non juridiques qui façonnent ces règles, en s'intéressant aux éléments culturels, sociaux et économiques qui sous-tendent le droit, et en explorant leurs racines profondes³⁴.

Comme l'a noté Gary Watt, le droit comparé n'a jamais été voué à être superficiel, car le degré de «creusement sous la surface des

³² A-t-il été souligné: «Il en va différemment pour la langue seule, étant donné que depuis le début, la théorie a mis en lumière la distinction entre les règles opérationnelles, les pratiques d'un système juridique, et les définitions, le discours utilisé par les forces qui conçoivent les différents formants». E. IORIATTI, *Comparative Law Method and the Legal Formants as Catalysts of Normative Realities*, in L. SILIQUINI-CINELLI, D. GIANTI, M. BALESTRIERI (eds.), *The Grand Strategy of Comparative Law: Themes, Methods, Developments*, Milton Park-Abingdon-on-Thames-Oxfordshire, 2024, pp. 250-275. Voir aussi: R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 39, 1991; ID., *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991; R. SACCO, L. CASTELLANI, *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999; R. SACCO, 'Langue et Droit', in E. JAYME (ed.), *Langue et Droit, XV^e International congress of comparative law, Bristol 1998*, Bruylant, 2000, pp 223 ff; P.G. MONATERI, *Cunning Passages: Comparison and Ideology in the Law and Language Story*, in B. POZZO (ed.), *Legal language and Ordinary Language*, Milano, 2005, pp 23ff.

³³ P.G. MONATERI, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham, 2021.

³⁴ G. WATT, *Comparison as a deep appreciation*, in P.G. MONATERI (ed.), *Methods of comparative law*, Cheltenham, 2012, p. 103.

choses»³⁵ a toujours imprégné les études de droit comparé³⁶. Le paysage contemporain de la comparaison juridique en tant que discipline scientifique entreprend une analyse sophistiquée du droit, en approfondissant ses multiples dimensions. Il n'examine pas seulement le droit en tant qu'ensemble de règles, mais aussi en tant qu'interaction complexe dans un contexte plus large, englobant ses manifestations culturelles et sociétales. Le droit comparé évolue constamment avec le développement du droit et de la société en général³⁷.

En effet le droit comparé a su s'adapter aux enjeux contemporains, notamment en ce qui concerne la protection de l'environnement.

Les questions liées au droit de l'environnement et à la durabilité ont suscité un intérêt grandissant, englobant à la fois des domaines du droit public et privé³⁸. En raison de l'importance des sujets liés à cette question (parmi lesquels on peut mentionner: accès à la justice³⁹; droit institutionnel de l'UE qui affecte l'environnement⁴⁰; principe de précaution;

³⁵ Traduction en français par l'auteur de ce text "digging down below the surface of things" G. WATT, *op. cit.*, p. 103.

³⁶ V. également: E. GRANDE, P.G. MONATERI, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *The Italian Theory of Comparative Law Goes Abroad*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 1, 5, 2021, p. 13.

³⁷ R. MICHAELS, *Transnationalizing Comparative Law*, in *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 23, 2, 2016, pp. 352-358.

³⁸ "Staples problems": A. HARDING, P. LEYLAND, *Comparative Law in Constitutional Contexts*, in E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN (eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Portland, 2007, pp. 313-325. Cité aussi par E. MORGERA, *Global Environmental Law and the Comparative Legal Method(s)*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 24, 3, 2015, pp. 254-263.

Comme cela a déjà été souligné, le thème de la durabilité environnementale et du droit de l'environnement nécessite un nouvel appareil conceptuel, qui implique souvent de dépasser les catégories juridiques traditionnelles, y compris la distinction entre le droit public et le droit privé. Voir: L. ANTONIOLLI, *op. cit.*

³⁹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 25 June 1998 38 ILM 517 (Aarhus Convention).

⁴⁰ S. DELIPERI, *Ambiente in genere. La Corte di Giustizia europea ridisegna la valutazione di incidenza ambientale e, indirettamente, la valutazione di impatto ambientale*, in *Lexambiente*, 2020, disponible en ligne: <https://lexambiente.it/index.php/materie/ambiente-in-genere/dottrina188/ambiente-in-genere-la-corte-di-giustizia-europea-ridi>

préservation de la nature; qualité de l'air; énergie; eau; OGM; déchets)⁴¹, cette question est également considérée comme un défi urgent, qui est impératif pour l'avenir et nécessite une coopération multiniveau afin d'assurer l'efficacité des mesures prises⁴².

La diversité et l'ampleur des sujets traités par le droit de l'environnement et le développement durable soulignent l'importance d'une réflexion pluridisciplinaire sur ces questions, notamment en raison du nombre élevé de sources légales et d'acteurs, des implications environnementales, sociales et économiques de la durabilité, ainsi que de l'impact des résultats environnementaux sur tous, sur chaque individu des générations actuelles et futures⁴³. Il est mis en évidence l'importance d'une méthodologie flexible, dynamique, contextuelle et durable, et le droit comparé peut jouer un rôle essentiel.

Selon Jorge E. Viñuales, les juristes comparatistes ont rarement – voire pas du tout – utilisé les méthodologies juridiques comparatives traditionnelles pour appréhender les questions de protection de l'environnement. Toutefois, comme il l'insiste, certaines des approches étudiées peuvent effectivement être pertinentes pour le droit comparé de l'environnement⁴⁴.

Cette perspective ouvre des nouvelles frontières aux comparatistes et de nouveaux domaines d'application des méthodologies compara-

segna-la-valutazione-di-incidenza-ambientale-e,-indirettamente,-la-valutazione-di-impatto-ambientale.

⁴¹ Pour une vue d'ensemble de certains des cas les plus pertinents sur ces questions, voir: G. VAN CALSTER, *Significant EU Environmental Cases: 2021-2022*, in *Journal of Environmental Law*, 2023, 35, 251-264.

⁴² S. LANNI, *Greening the Civile Codes: Comparative Private Law and Environmental Protection*, London-New York, 2023, p. 9.

⁴³ Voir: E. DALY, J.R. MAY, *The Indivisibility of Human Dignity and Sustainability*, in S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK (eds.), *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, 2021, p. 38.

⁴⁴ Au contraire, certaines méthodologies (en particulier le fonctionnalisme) ont été proposées par les juristes de l'environnement pour l'analyse comparative de leur sujet. Voir: J.E. VIÑUALES, *Comparative Environmental Law – Structuring a Field*, in E. LEES, J. VIÑUALES (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, 2019, p. 16 ss.

tives⁴⁵. Il est à noter que le droit comparé a prouvé au fil du temps qu'il était capable d'adapter sa méthodologie à des besoins autres que la mesure des similitudes et des différences. Il s'agit donc d'une discipline qui peut être utile dans la construction d'instruments réglementaires pour la protection de l'environnement, qui évoluent dans le temps et répondent à des besoins qui changent progressivement.

Les problèmes générés par la dévastation de l'environnement et l'hyper-exploitation des ressources naturelles dépassent les frontières nationales et les domaines académiques spécifiques⁴⁶. L'étude du droit de l'environnement est liée à plusieurs sujets, et donc à des défis méthodologiques interconnectés: comparatifs, empiriques et interdisciplinaires. Ces défis ont été relevés, par exemple, par un projet de recherche collaborative et comparative de cinq ans sur le concept juridique du partage juste et équitable des bénéfices (BENELEX), qui fournit une compréhension pratique de la nécessité de la réflexivité et de la responsabilité pour les chercheurs intéressés par le droit de l'environnement (en particulier le droit de l'environnement transnational)⁴⁷.

Si le droit est perçu comme une pratique sociale visant à organiser les relations entre les individus ou entités (humaines, juridiques, constituées ou autres) à différents niveaux, et pas seulement au sein d'un État ou d'une société nationale, ces niveaux peuvent être essentiellement définis géographiquement. Les questions environnementales, quant à elles, se situent à un niveau mondial⁴⁸.

⁴⁵ Par exemple voir: L. ANTONIOLLI, *op. cit.*; L. ANTONIOLLI, M. CARDILLO, F. CORTESE, L. DE CARBONNIERES, F. MYNARD, C. PICIOCCHI (eds.), *Numérique et Environnement: Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges*, Trento, 2024.

⁴⁶ S. LANNI, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷ Strathclyde Centre Environmental Law Governance, *The BeneLex Project*, disponible en ligne: <https://www.strath.ac.uk/research/strathclydecentreenvironmentallawgovernance/benelex/>. Voir aussi: E. MORGERA, L. PARKS, M. SCHROEDER, *Methodological challenges of transnational environmental law*, in V. HEYVAERT, L.-A. DUVIC-PAOLI (eds.), *Research Handbook on Transnational Environmental Law*, Cheltenham, 2020, pp. 48-65.

⁴⁸ E. ÖRÜCÜ, D. NELKEN, *Comparative Law – A Handbook*, Oxford-Portland, 2007, p. 85 Appendix 1.

Dans ce contexte, un instrument méthodologique de la comparaison pourrait s'avérer utile pour adopter une approche dynamique et attentive au contexte social. On se réfère aux notions de «formants»⁴⁹ et de «méta-formants»⁵⁰.

Le terme «formants» désigne les différentes sources de normes juridiques qui participent à la résolution d'un problème ou à la régulation d'une institution ou d'un phénomène juridique dans un système donné, à un moment donné. Les systèmes juridiques sont composés de plusieurs de ces formants, ce qui les rend complexes⁵¹.

Le «formant législatif» correspond aux textes législatifs officiels, source majeure de droit dans tous les systèmes juridiques. Cependant, d'autres formants existent également. Par exemple, le «formant jurisprudentiel» regroupe les normes établies par les décisions de justice. Ces règles sont une source officielle dans les pays de Common Law, mais elles ont moins d'importance dans les pays de Civil Law. De même, le «formant doctrinal» se réfère aux interprétations données par les spécialistes du droit. Dans certains systèmes, comme les systèmes juridiques islamiques, ces interprétations ont un statut officiel, tandis que dans d'autres, elles n'en ont pas⁵². Analyser ces différents formants permet de mieux comprendre la structure et la richesse culturelle et historique d'un système juridique. Cela révèle la diversité d'influences qui façonnent un système juridique, le rendant bien plus complexe qu'une simple collection de lois⁵³.

Les méta-formants ont été identifiés comme d'autres formants des systèmes juridiques, et indiquent les parties du système qui, bien qu'elles ne constituent pas des normes juridiques, affectent néanmoins

⁴⁹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to comparative Law*, cit.; ID., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991.

⁵⁰ R. SCARCIGLIA, *Methods and legal comparison: challenges for methodological pluralism*, cit.

⁵¹ R. SACCO, *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, in *Associazione italiana di diritto comparato, Rapports Nationaux Italiens aux IX Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1974, pp. 113-132.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ E. IORIATTI, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, in L. BIEL, H.J. KOCKAERT (eds.), *Handbook of Terminology. Vol. 3 Legal Terminology*, Amsterdam, 2023, pp. 289-309.

ce qui a été défini précédemment comme le jeu des formateurs⁵⁴. Le méta-formant est le formant (traditionnel) qui identifie une norme juridique, mais qui prend également en compte les forces extra-juridiques qui l'animent ou la sous-tendent (économiques, politiques, sociales, culturelles). Les méta-formants ne sont pas en eux-mêmes extra-juridiques⁵⁵. Des auteurs ont souligné que, pour les comparatistes italiens, les méta-formants, ou «formants métajuridiques»⁵⁶ – comme on les appelle – tels que le contexte politique, l'environnement économique, les idées dominantes et le besoin de cohésion sociale – font partie intégrante des éléments constitutifs d'une norme juridique.

Cette perspective permet de mieux comprendre le contexte dans lequel une norme naît, fonctionne et produit ses effets. En dépassant la dimension purement officielle et professionnelle, cette approche élargie des formants juridiques montre leur lien étroit avec les facteurs sociaux, économiques et culturels, tout en soulignant que les inégalités de pouvoir influencent largement la formation du droit⁵⁷.

Dans ce contexte, un rôle significatif est joué par exemple par les 'formules politiques', qui représentent, dans une certaine mesure, la façon de penser des classes dirigeantes à un moment historique donné. À la base de cette façon de penser, il devrait y avoir des valeurs effectivement partagées par la classe politique au pouvoir, qui les traduit en principes régulateurs des rapports fondamentaux entre l'État et la société civile ainsi que dans les relations organisationnelles fondamentales de l'appareil d'État⁵⁸.

⁵⁴ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, III ed., Milano, 2021, pp. 120-121. V. également: ID., *Methods and legal comparison: challenges for methodological pluralism*, cit., pp. 113-114.

⁵⁵ E. IORIATTI, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, cit.

⁵⁶ "Meta-legal formants" v. E. GRANDE, P.G. MONATERI, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *op. cit.*

⁵⁷ E. GRANDE, P.G. MONATERI, R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, III ed., Milano, 2021, pp. 120-121. V. également: ID., *Methods and legal comparison: challenges for methodological pluralism*, cit., pp. 113-114. Lié au concept de méta-formant on trouve les notions de méta-norme et méta-concept. La méthode interdisciplinaire utilisée par Ioriatti dans sa recherche, qui combine le droit comparé et la sémiotique et se base sur les formants juridiques et les méta-concepts, permet de visualiser les contextes de significations qui sont rendus communs par la rencontre de la législation de l'UE et des forces nationales

La compréhension des formants juridiques ouvre la voie à une analyse plus approfondie des défis que pose le droit de l'environnement et des solutions qu'apporte le droit comparé dans ce domaine.

En nous référant au droit européen de l'environnement, le droit comparé, avec les notions de formants et méta-formants, aident à mieux comprendre le développement et l'efficacité du droit de l'environnement et des réformes juridiques. Il joue un rôle crucial dans le raisonnement juridique et a déjà contribué à l'avancement des politiques environnementales et de durabilité dans le contexte du droit de l'UE⁵⁹.

Par exemple, on peut penser aux communications que la Commission utilise pour donner ses orientations stratégiques. Pour n'en citer que quelques-unes, la Commission a publié différentes communications à propos de: l'économie circulaire; la biodiversité; alimentation (avec le principe «de la ferme à l'assiette»); la rénovation des bâtiments⁶⁰. Pour la majorité ces textes soit il y a un accord entre Parlement et Conseil, soit il y a déjà eu la votation formelle⁶¹.

Parmi les institutions de l'UE, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a également joué un rôle crucial dans le développement du droit de l'environnement dans l'UE. Fondée sur les principes parallèles d'unité et de diversité, la CJUE s'est vu confier la tâche délicate de fournir une interprétation juridique uniforme tout en respectant la

qui pratiquent le droit de l'UE au niveau national. V. E. IORIATTI, *Visualizing EU law through meta-concepts and legal formants*, in L. BIEL, H.J. KOCKAERT (eds.), *Handbook of Terminology. Vol. 3 Legal Terminology*, Amsterdam, 2023, pp. 289-309. Le concept d'interdisciplinarité donne lieu à des débats. Pour une discussion plus approfondie, on peut se référer au point de vue de Jaakko Husa selon lequel il est possible de faire une distinction entre les approches: la multidisciplinarité, la transdisciplinarité et l'interdisciplinarité. J. HUSA, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Cheltenham, 2022.

⁵⁹ E. MORGERA, *Global Environmental Law and the Comparative Legal Method(s)*, cit.

⁶⁰ C. DEFARD, *op. cit.*

⁶¹ Par exemple la «loi sur la restauration de la nature» a été approuvée très récemment, le 17 Juin 2024. European Commission, *Nature Restoration Law*, disponible en ligne: https://environment.ec.europa.eu/topics/nature-and-biodiversity/nature-restoration-law_en; <https://www.legambiente.it/comunicati-stampa/ue-via-libera-finale-a-legge-sul-ripristino-della-natura-nature-restoration-law/>.

diversité des valeurs au sein de l'UE, et a reçu le pouvoir d'évaluer les lois des États membres et d'interpréter les règles de l'UE en la matière⁶².

La CJUE influence le droit de l'environnement de deux manières importantes: (i) l'interprétation et l'application des principes généraux de l'UE et (ii) la clarification des dispositions spécifiques du droit de l'UE telles que les directives⁶³. Dans le cadre de diverses procédures, la CJUE traite souvent d'affaires liées à des litiges affectant les objectifs de durabilité, en particulier dans le domaine de l'environnement⁶⁴.

Le droit comparé de l'environnement apparaît dans les travaux de la CJUE de trois manières principales: référence directe dans un arrêt, utilisation d'études comparatives et référence dans les conclusions de l'avocat général. L'adoption de techniques juridiques comparatives à la CJUE lui permet de faire évoluer le raisonnement juridique en fonction de l'évolution de la société, favorisant un alignement continu sur les valeurs et la culture qui sous-tendent les cadres juridiques des États membres⁶⁵.

Par exemple, dans l'affaire *Commission des Communautés européennes contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*⁶⁶, la Cour a examiné le champ d'application de la législation des États membres mettant en œuvre les dispositions de fond de la convention de

⁶² Voir article 19 du traité sur l'Union européenne, articles 251 à 281 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶³ M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *op. cit.*, p. 164.

⁶⁴ V. TRSTENJAK, *Sustainability and the impact of the CJEU*, in M. SANTOS SILVA, A. NICOLUSSI, C. WENDEHORST, P. SALVADOR CODERCH, M. CLEMENT, F. ZOLL (eds.), *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*, 2024: "12.3.2 Preliminary Reference Procedure before the CJEU: The Use of Energy from Renewable Sources. The CJEU dealt with the issue of the promotion of the use of energy from renewable sources in the LEGO case, in which the Consiglio di Stato from Italy referred the question in the preliminary ruling procedure according to Article 267 TFEU. The CJEU interpreted Article 18 of Directive 2009/28 on the promotion of the use of energy from renewable sources, read in conjunction with the Commission Implementing Decision 2011/438 on the...".

⁶⁵ M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 8 septembre 2009. *Commission des Communautés européennes contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*. Affaire C-411/06. Conclusion de l'avocat général M.M. Poiares Maduro – para. 33.

Bâle sur les déchets⁶⁷, afin de déterminer si la base juridique correcte en vertu du droit communautaire avait été utilisée pour élaborer la propre législation de l'Union⁶⁸.

L'exploration des dynamiques entre le droit comparé et les enjeux environnementaux souligne l'importance d'une approche intégrée pour relever les défis actuels.

4. Conclusion

Une nouvelle prise de conscience juridique s'est progressivement développée, faisant du droit de l'environnement un domaine complexe et interdisciplinaire. Ce dernier ne se limite plus à la simple protection des écosystèmes, mais s'étend désormais à divers domaines juridiques, du droit international au droit municipal, de la réglementation des technologies numériques au droit de la consommation, en passant par le droit constitutionnel et le droit privé. Le débat sur la nécessité d'un «Green Deal» renouvelé s'intensifie dans ces multiples sphères⁶⁹.

Le Green Deal européen⁷⁰ représente l'ambition environnementale de l'UE, une ambition qui ne peut être réalisée seule. Les défis climatiques et la perte de biodiversité sont des problèmes mondiaux, transcendant les frontières nationales. L'UE doit utiliser son influence, ses

⁶⁷ Convention sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, signée à Bâle le 22 mars 1989, approuvée au nom de la Communauté par la décision 93/98/CEE du Conseil, du 1^{er} février 1993 (JO L 39, p. 1).

⁶⁸ M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *op. cit.*, p. 167. V. également: N. LAVRANOS, *Revisiting the 'Predominant Aim' Concept for Determining the Correct Legal Basis*, in *European Law Reporter*, No. 2, 2010, pp. 59-63. Pour un exemple d'emploi du droit comparé au niveau international voir le paragraphe *Global dimensions of comparative legal method to support environment law reform* dans l'article E. MORGERA, *Global Environmental Law and the Comparative Legal Method(s)*, *cit.*

⁶⁹ S. LANNI, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁰ Dipartimento per gli Affari Europei, *European Green Deal*, disponible en ligne sur <https://www.affarieuropei.gov.it/it/comunicazione/euoparole/european-green-deal/>; Commission européenne, *Le pacte vert pour l'Europe - Notre ambition: être le premier continent neutre pour le climat*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_fr.

compétences et ses ressources financières pour mobiliser les pays voisins et les partenaires vers un parcours de durabilité commun⁷¹.

La diversité des perspectives au sein de l'UE est à la fois une force et un défi. L'UE valorise l'apprentissage et le maintien des particularités des États membres tout en renforçant les liens grâce à des objectifs environnementaux communs. L'intégration du principe de précaution est cruciale, tant dans les pratiques nationales qu'internationales de l'UE. Le droit comparé joue un rôle essentiel dans ce contexte, influençant les processus législatifs et judiciaires. Les techniques d'interprétation comparative à la CJUE permettent à la jurisprudence d'évoluer avec les normes sociétales, offrant un mécanisme de consultation des parties prenantes et de recherche de consensus. L'exportation des valeurs environnementales européennes par l'adoption de mesures juridiques complémentaires continue de renforcer le leadership de l'UE au niveau mondial⁷².

Une approche multiniveau est nécessaire, impliquant des acteurs internationaux, supranationaux et nationaux. Si les juristes considèrent le droit comparé comme un outil intéressant, c'est aussi en raison de l'exercice auquel il s'est livré, à un stade précoce, pour mesurer les différences et les similitudes, ainsi que dans la perspective de la formulation d'un droit uniforme et de la gestion de la relation entre le local et l'universel⁷³.

La coopération entre ces divers niveaux est essentielle pour établir et mettre en œuvre des normes efficaces. L'UE doit continuer à jouer un rôle de leader dans la promotion de la durabilité globale tout en assu-

⁷¹ Voir: Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Le pacte vert pour l'Europe* - COM/2019/640 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>; European Commission, *EU approach to SDGs implementation*, disponible en ligne: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-whole-government-approach_fr; E. KOUTSOKOSTA, F. GAURET, *Comment l'UE pousse ses États membres à avancer vers un avenir durable*, EuroNews 2020, disponible en ligne: <https://fr.euronews.com/business/2020/03/11/comment-l-ue-pousse-ses-etats-membres-a-avancer-vers-un-avenir-durable>.

⁷² M. GEHRING, F.-K. PHILLIPS, E. LEES, *op. cit.*, p. 169.

⁷³ M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 514.

rant sa propre sécurité d'approvisionnement et sa compétitivité. La mise en œuvre de politiques environnementales ambitieuses et inclusives, telles que le Green Deal, est indispensable pour atteindre les objectifs de développement durable et protéger notre planète pour les générations futures.

De plus, pour parvenir à une durabilité véritablement intégrée et inclusive, une approche participative est cruciale. Les changements nécessaires pour atteindre les objectifs communs ne pourront se produire sans un soutien fort de la société civile, des entreprises et des différents niveaux de gouvernement⁷⁴. Dans ce contexte, l'efficacité des normes du droit de l'environnement devient une question centrale⁷⁵. Il est essentiel que les citoyens soient activement impliqués et que les organisations non gouvernementales (ONG) jouent un rôle clé dans la formation, le suivi et l'application de ces normes⁷⁶. Les initiatives locales, telles que celles observées lors de la COP 28 avec des délégations locales comme celle de la province de Trente⁷⁷, démontrent comment l'action à petite échelle peut contribuer aux objectifs globaux. Des projets de reforestation menés par des organisations⁷⁸ illustrent les efforts

⁷⁴ C. DEFARD, *op. cit.*

⁷⁵ D. MARRANI (ed.), *op. cit.*, p. 15.

⁷⁶ B. PETERS, E.J. LOHSE (eds.), *Sustainability Through Participation?: Perspectives from National, European and International Law*, 2023; E. KOUTSOKOSTA, F. GAURET, *Comment l'UE pousse ses États membres à avancer vers un avenir durable*, cit.; European Environmental Bureau, *Zero Pollution Action Plan: EEB reply to the public consultation*, disponible en ligne: <https://eeb.org/library/zero-pollution-action-plan-eeb-reply-to-the-public-consultation/>; M. CHENAILLER, K. FEIKOVÁ, M. FÖRSTER, *Zero Pollution Ambition: Still a Long Way to Go?*, SciencePo 2022, disponible en ligne: <https://www.sciencespo.fr/psia/chair-sustainable-development/2022/11/15/zero-pollution-ambitions/>.

⁷⁷ Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, *Conclusa la COP28 a Dubai*, 2023, disponible en ligne: <https://www.isprambiente.gov.it/it/archivio/notizie-e-novita-normative/notizie-ispra/2023/12/conclusa-la-cop28-a-dubai>.

⁷⁸ Par exemple, en Italie, la campagne nationale 'Mosaico Verde', menée en collaboration avec Legambiente, permet la mise en œuvre de nouveaux projets de reboisement et de protection des forêts, apportant des avantages environnementaux, économiques et sociaux aux régions concernées par l'intervention, et offrant aux entreprises la possibilité de transférer la valeur générée par leurs activités au territoire et d'atteindre

concrets en faveur de la durabilité. La coopération entre tous les acteurs – citoyens, ONG, entreprises et gouvernements – est essentielle pour la mise en œuvre de politiques environnementales efficaces et inclusives. Seule une approche collective et coordonnée permettra de relever les défis environnementaux et d'assurer un avenir durable pour les générations futures.

En conclusion, dans ce contexte, il émerge que le droit comparé, et le droit comparé de l'environnement, s'avèrent donc être un outil indispensable pour s'orienter dans la complexité des enjeux environnementaux et promouvoir une approche harmonisée et efficace de la durabilité à l'échelle européenne. L'objectif ultime est d'assurer un avenir durable pour les générations futures tout en respectant les diversités culturelles et juridiques des États membres de l'UE. En effet, l'approche comparée en matière de droit de l'environnement offre une perspective enrichissante et nécessaire pour aborder les défis globaux actuels, en permettant de tirer des leçons des différentes expériences juridiques et d'adopter les meilleures pratiques pour une meilleure protection de notre planète.

LA RÉPARATION DES DOMMAGES CAUSÉS PAR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE DANS LES DIAGNOSTICS MÉDICAUX

COMPARAISONS FRANCO-ITALIENNES

*Thibault Gisclard**

SOMMARIO: 1. L'utilisation du droit positif général de la responsabilité civile en France et en Italie. 1.1. La responsabilité fondée sur la faute. 1.2. La responsabilité du fait des choses. 2. L'harmonisation en cours d'un droit spécial de la responsabilité civile au niveau européen. 2.1. La responsabilité des produits défectueux. 2.2. La réglementation spécifique de l'intelligence artificielle et les responsabilités qui en découlent.

Résumé

En France comme en Italie, le droit de la responsabilité civile présente déjà des outils pour organiser la réparation des dommages causés par l'intelligence artificielle dans les diagnostics médicaux. La responsabilité fondée sur la faute peut être utilisée, même si la preuve de la faute peut être techniquement complexe à apporter. En créant de nombreuses obligations, le règlement européen sur l'IA fournit désormais des fondements pour caractériser des fautes. La responsabilité du fait des choses peut se montrer très efficace, et la distinction entre garde de la structure et garde du comportement pourrait retrouver un intérêt. Le droit de l'Union européenne prévoit de compléter ses règles relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux, en matière de logiciel et de défaut. Enfin, la proposition de directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'IA créerait des présomptions de lien de causalité.

Abstract

French and Italian tort law already provide tools for compensating damage caused by artificial intelligence in medical diagnostics. Fault-based liability can be used, even if proving fault can be technically challenging. By creating numerous requirements, the European AI regulation now provides bases for

* Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de Lille, Directeur du D.U. de Propriété industrielle, Membre de l'*European Law Institute*.

characterizing fault. Strict liability for things may prove highly effective, and the distinction between custody of the structure and custody of the behavior may once again be of interest. European Union law plans to supplement its rules on liability for defective products, with regard to software and defect. Finally, the proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence would create presumptions of causality.

Riassunto

In Francia come in Italia, il diritto della responsabilità civile dispone già di strumenti per organizzare il risarcimento dei danni causati dall'intelligenza artificiale nelle diagnosi mediche. La responsabilità basata sulla colpa può essere utilizzata, anche se la prova della colpa può risultare tecnicamente complessa da fornire. Creando numerosi obblighi, il regolamento europeo sull'IA fornisce ora delle basi per qualificare delle colpe. La responsabilità oggettiva può rivelarsi molto efficace, e la distinzione tra custodia della struttura e custodia del comportamento potrebbe ritrovare rilevanza. Il diritto dell'Unione europea prevede di completare le sue norme sulla responsabilità per i prodotti difettosi, in materia di software e difetti. Infine, la proposta di direttiva sull'adattamento del diritto della responsabilità civile all'IA introdurrebbe delle presunzioni di nesso causale.

Les développements du Machine Learning au cours des dernières décennies ont conduit à l'élaboration d'outils de diagnostic médicaux automatisés, notamment dans l'analyse d'images en radiologie ainsi qu'en anatomopathologie. Si leur usage constitue une transition technologique majeure permettant d'améliorer la sensibilité des diagnostics, des risques de faux positifs comme de faux négatifs subsistent, mettant les patients en situation de vulnérabilité. L'impact de ces défaillances sur la santé des patients peut être considérable, et amener ces derniers à mettre en jeu la responsabilité civile des professionnels de santé ou des concepteurs de ces outils.

Le terme français d'intelligence artificielle est trompeur. Le concept anglais d'«artificial intelligence» correspond à l'automatisation de tâches intellectuelles normalement réalisées par des humains. N'oublions pas qu'en anglais, «intelligence» désigne le traitement de l'information, notamment dans le domaine du renseignement. Il s'ensuit que la prétendue «intelligence artificielle» ne possède aucune aptitude à conceptualiser, et encore moins une conscience.

Notons que les outils de diagnostic médicaux incorporant l'intelligence artificielle relèvent de la catégorie des dispositifs médicaux. En effet, le règlement européen 2017/745 du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux, définit comme dispositif médical

tout instrument, appareil, équipement, logiciel, implant, réactif, matière ou autre article, destiné par le fabricant à être utilisé, seul ou en association, chez l'homme pour l'une ou plusieurs des fins médicales précises suivantes: diagnostic, prévention, contrôle, prédiction, pronostic, traitement ou atténuation d'une maladie; diagnostic, contrôle, traitement, atténuation d'une blessure ou d'un handicap ou compensation de ceux-ci.

Plus précisément, le règlement 2017/746 du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic in vitro indique dans son article 2.2 que constitue un dispositif médical de diagnostic in vitro,

tout dispositif médical qui consiste en un réactif, un produit réactif, un matériau d'étalonnage, un matériau de contrôle, une trousse, un instrument, un appareil, un équipement, un logiciel ou un système, utilisé seul ou en association, destiné par le fabricant à être utilisé in vitro dans l'examen d'échantillons provenant du corps humain, y compris les dons de sang et de tissus, uniquement ou principalement dans le but de fournir des informations sur un ou plusieurs des éléments suivants: concernant un processus ou état physiologique ou pathologique; concernant des déficiences congénitales physiques ou mentales; concernant la prédisposition à une affection ou à une maladie; permettant de déterminer si un traitement donné est sûr pour des receveurs potentiels et compatible avec eux; permettant de prévoir la réponse ou les réactions à un traitement; permettant de définir ou de contrôler des mesures thérapeutiques.

Dans un arrêt du 7 décembre 2017, la CJUE a décidé qu'

un logiciel dont l'une des fonctionnalités permet l'exploitation de données propres à un patient, aux fins, notamment, de détecter les contre-indications, les interactions médicamenteuses et les posologies excessives, constitue, pour ce qui est de cette fonctionnalité, un dispositif

médical, au sens de ces dispositions, et ce même si un tel logiciel n'agit pas directement dans ou sur le corps humain¹.

En anatomopathologie, des logiciels comme *Aivia* de *Leica Microsystems*, permettent de visualiser et d'interpréter grâce à des modèles pré-entraînés de Deep Learning de réaliser une segmentation, un marquage virtuel et une classification à partir d'images d'échantillons biologiques observés au microscope. Des dispositifs similaires existent en radiologie, par exemple pour l'interprétation des données de tomodensitométrie.

Nous nous proposons d'examiner en quoi les droits positifs français et italien disposent d'ores et déjà², et sans attendre l'adoption de la proposition de directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'intelligence artificielle présentée par la Commission européenne le 28 septembre 2022, d'outils permettant de prendre en compte ces transitions technologiques génératrices de vulnérabilités.

1. L'utilisation du droit positif général de la responsabilité civile en France et en Italie

Bien qu'ayant été initialement élaborés avant le développement des ordinateurs, les droits positifs français et italiens n'en sont pas moins fondés sur des textes législatifs et des interprétations jurisprudentielles qui ont montré leur efficacité pour assurer les fonctions de la responsabilité civile³ dans un contexte d'évolutions technologiques majeures. Ainsi, peuvent être envisagés le recours à la responsabilité fondée sur la faute (1.1), et à la responsabilité du fait des choses (1.2).

¹ CJUE, 7 décembre 2017, C-329/16, *Syndicat national de l'industrie des technologies médicales et Philips France c. Premier ministre (France)*.

² Voir déjà, en droit italien, G. VISINTINI, *Il danno da uso di computer – Profili generali*, in G. ALPA (a cura di), *Computers e responsabilità civile*, Milano, 1985, p. 59.

³ M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Rivista di diritto civile*, 2022, p. 264.

1.1. La responsabilité fondée sur la faute

Dans les années 2010 est apparue une évolution de l'intelligence artificielle, que l'on pourrait considérer comme une rupture d'un point de vue algorithmique, avec le *Deep Learning* (que l'on pourrait traduire par «apprentissage profond»)⁴. Il s'agit d'une évolution du *Machine Learning*, forme d'apprentissage automatique apparue dans les années 1980, mais qui diffère sensiblement de ce dernier, puisque les règles sous-jacentes à la décision qui sera prise par la machine constituent bien davantage une boîte noire pour l'utilisateur. Toutefois, bien que les règles utilisées dans le *Deep Learning* restent inintelligibles pour l'être humain, une telle machine reste paramétrable dans sa conception (par le choix des données d'apprentissage, le nombre de couches de neurones, la fonction de perte, l'optimiseur, le nombre d'itérations, etc.), et surtout dans sa validation par les concepteurs, et enfin, de son éventuelle désactivation par l'utilisateur. Ainsi, même dans le cas du *Deep Learning*, il subsiste une large part de l'influence humaine des programmeurs, et même des utilisateurs.

L'apport des sciences du traitement des données permet de redéfinir la notion juridique de faute en matière de conception et d'utilisation de l'intelligence artificielle dans le diagnostic médical.

La définition de la faute invite à procéder à une distinction, présente en droit français comme en droit italien. La première catégorie, qualifiée de faute spécifique par la doctrine italienne⁵, correspond de l'autre côté des Alpes à la violation d'un devoir déterminé, notion rendue célèbre par Planiol. Celle-ci sera notamment constituée par la violation des règles spécifiques propres aux dispositifs médicaux, ou encore aux règles spécifiques sur l'intelligence artificielle (cf. *infra*). En revanche, la seconde, la faute générale de la doctrine italienne, est à mettre en parallèle avec manquement à l'obligation de prudence et de diligence évoquée par la doctrine française.

⁴ Y. LE CUN, *Quand la machine apprend – La révolution des neurones artificiels et de l'apprentissage profond*, Paris, 2019.

⁵ L. CASTELLI, *Colpa generica e colpa specifica*, in E. GABRIELLI (cur.), *Commentario del codice civile, Dei fatti illeciti*, Torino, 2011, p. 451.

La preuve de la faute de droit commun est problématique, compte-tenu de l'extrême technicité de la matière, d'un double point de vue informatique et médical. Tentons néanmoins de présenter une typologie⁶ des fautes pouvant être à l'origine du dommage causé par un système d'intelligence artificielle de diagnostic médical.

Au plus proche du dommage, le médecin radiologue ou biologiste peut avoir commis une faute⁷ en s'étant abstenu de reprendre le contrôle de la machine alors que cela était nécessaire, et parfois même expressément demandé par la machine. Il en va de même si le médecin a fondé sa décision exclusivement sur l'intelligence artificielle sans procéder à la moindre réflexion sur le résultat proposé par la machine.

Plus en amont, au stade du fabricant de la machine intégrant un dispositif d'intelligence artificielle, l'implémenteur de l'intelligence artificielle sur la machine de déploiement (telle qu'un tomodensitomètre) peut avoir commis une faute, par exemple en n'ayant pas contrôlé que la machine de déploiement allait se comporter de manière identique à la machine de développement (différence de *hardware*, p.ex.).

Préalablement, les personnes chargées de contrôler et de tester l'intelligence artificielle peuvent avoir commis une faute en n'ayant pas contrôlé l'intelligence artificielle dans un nombre suffisant de situations⁸.

Encore plus en amont, une faute de l'entraîneur de l'intelligence artificielle peut être envisagée. En effet, des données inopportunes peuvent avoir servi de base d'entraînement de l'intelligence artificielle. Par exemple, l'intelligence artificielle a été «nourrie» avec des images où sont visibles des cellules tumorales qui n'ont pas été référencées comme telles, ou vice-versa.

De manière encore plus technique, et en se rapprochant de la source, le concepteur de l'intelligence artificielle peut avoir commis une faute

⁶ Voir déjà, pour une première version plus générale de notre typologie, T. GISCLARD, *Smart cities et prise de décision*, Paris, 2023, p. 207.

⁷ Voir p. ex. N. AMORE, E. ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica*, Bologna, 2023, p. 185.

⁸ Ceci pose également la question de la responsabilité des organisations publiques ou privées certifiant lesdites machines pour leur mise sur le marché (p. ex. autorisant à la circulation un véhicule totalement autonome).

en choisissant par exemple un mauvais optimiseur, ou en définissant mal une fonction de perte.

Enfin, de manière plus exceptionnelle, le dommage causé par l'intelligence artificielle peut parfois venir d'une faute du concepteur du *machine learning framework*, voire, encore en amont, d'un bug du langage de programmation, du système d'exploitation, quand ce n'est pas du microprocesseur.

Il résulte de cette typologie que les personnes pouvant voir leur responsabilité civile engagée sont multiples: le médecin spécialiste tirant les conséquences de ces examens sur le plan thérapeutique⁹, par exemple en proposant un traitement pharmaceutique ou une opération chirurgicale inappropriée à l'état réel du patient; en amont, le radiologue ou le biologiste médical, et, en fonction de l'origine du dysfonctionnement, les personnes ayant développé le système de diagnostic utilisant l'intelligence artificielle.

1.2. La responsabilité du fait des choses

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, le développement technologique a conduit à la prise de conscience des difficultés probatoires auxquelles devait faire face celui qui entend engager la responsabilité civile sur le fondement de la faute. S'est alors élaborée une responsabilité civile plus objective¹⁰, fondée sur le risque, qui s'est tout particulièrement développée en France avec la responsabilité du fait des choses.

La suggestion d'interprétation très extensive du premier alinéa de l'article 1384 du Code Napoléon n'est toutefois pas imputable à la doctrine française, mais à un auteur belge, François Laurent¹¹. La doctrine française, en particulier Louis Josserand¹² et Raymond Saleilles¹³, a

⁹ E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina «difensiva»*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, p. 189.

¹⁰ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva*, II, Padova, 1995.

¹¹ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 1876, tome XX, Paris-Bruxelles, n°639.

¹² L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897.

ensuite théorisé le concept. Elle semble toutefois avoir été précédée sur ce point par la doctrine italienne, et notamment Giacomo Venezian¹⁴.

Cette responsabilité du fait des choses fait désormais partie du droit positif, en France, avec l'article 1242 al. 1^{er} du Code civil, et en Italie avec l'article 2051 du Codice Civile, quoiqu'en France¹⁵ comme en Italie¹⁶, la doctrine a pu faire remarquer qu'elle serait sur le déclin.

Un premier point à considérer est relatif à la chose à l'origine du dommage: cette dernière peut-elle être immatérielle¹⁷? La jurisprudence française l'a déjà admis, en admettant non seulement le fait de la sonnerie intempestive d'un portique antiviol¹⁸, mais aussi celui de l'électricité¹⁹, de parasites électromagnétiques²⁰, ou encore d'une image télévisée²¹. Toutefois, les choses incorporelles ont été exclues par le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie en 2017, et cette exclusion a été reprise dans l'article 1242 de la proposition du Sénat de 2020. Elle semblerait s'expliquer par des craintes de voir étendre cette responsabilité à l'information, ce que la jurisprudence constante de la Cour de cassation exclut pourtant catégoriquement. Cette exclusion n'en restreindrait pas moins la portée de la responsabilité du fait des choses, qui est une responsabilité fondée sur le risque, et qui ne fait pas

¹³ R. SALEILLES, note sous l'arrêt *Teffaine*, Cass. Civ. 16 juin 1896, in *D.*, 1897, 1, p. 433.

¹⁴ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, Roma, 1882.

¹⁵ J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, in *RTDCiv.*, 2010, p. 1.

¹⁶ F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 C.C.)*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, p. 977.

¹⁷ Sur ces questions en droit français, voir les approches d'EMMANUEL TRICOIRE, *La responsabilité du fait des choses immatérielles*, in *Mélanges Le Tourneau*, Paris, 2008, 983, et d'ANDRÉ LUCAS, *La responsabilité civile du fait des choses immatérielles*, in *Mélanges Catala*, Paris, 2001, 817. Comp. avec, en droit pénal, la chose immatérielle faisant l'objet d'un abus de confiance: v. p. ex. Cass. Crim., 14 novembre 2000, n°99-84.522, in *Bull. Crim.*, n°338, à propos d'un numéro de carte bancaire. En droit italien, voir S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 35.

¹⁸ Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 1991, n°88-20.132, in *Bull. Civ.*, II, n°176.

¹⁹ Lyon, 1^{er} mars 1954, *D.* 1954, p. 247.

²⁰ Paris, 22 janvier 1936, in *Gaz. Pal.*, 1936, 1, p. 274.

²¹ TGI Paris, 27 février 1992, in *JCP G.*, 1992, II, p. 21809, note P. LE TOURNEAU.

la différence entre les choses dangereuses et les choses non dangereuses²².

Toutefois, la question centrale dans la responsabilité du fait des choses appliquée à l'intelligence artificielle est indubitablement celle de la détermination du responsable, c'est-à-dire du gardien de l'intelligence artificielle. Classiquement, en droit français²³, l'arrêt *Franck* définit la garde comme l'usage, la direction et le contrôle de la chose²⁴. Or, dans la responsabilité du fait des choses, issue de plus d'un siècle de maturation jurisprudentielle à partir de la révolution industrielle et des machines à vapeur²⁵, la garde ne peut en principe être assurée que par une seule personne, même si plusieurs personnes ont des pouvoirs distincts sur cette chose: on dit que la garde est alternative, et non cumulative.

Toutefois, une exception de portée assez limitée, distinguant la garde de la structure et la garde du comportement, a été développée²⁶ à partir de la thèse de Berthold Goldman en 1946. Elle a notamment été appliquée par la Cour de cassation dans l'affaire de l'*Oxygène liquide*²⁷, où une bouteille de gaz comprimé avait explosé au cours d'un transport, et où l'on avait estimé que c'était le gardien de la structure, *Oxygène Liquide*, qui était responsable, et non le gardien du comportement, qui était le transporteur. En effet, «le détenteur de la chose n'avait pas reçu toute possibilité d'empêcher la réalisation du préjudice qu'elle a cau-

²² Sur la critique de cette distinction, notamment proposée par G. RIPERT, *note sous Civ.*, 29 juillet 1924, in *D.P.*, 1925, I, 5, spéc. p. 7, voir R. SAVATIER, *note sous Chambéry*, 20 juin 1927, in *D.P.*, 1927, II, p. 169.

²³ Sur la détermination du responsable (*custode*) en droit italien, et le rôle du contrôle et du profit, voir P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, Milano, 2021, n°15.4.1.

²⁴ Cass. Ch. Réunies, 2 décembre 1941, Bull. n°292, S. 1941, 1, 217, rapport LAGARDE et note H. MAZEAUD.

²⁵ Cass. Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, D. 1897, 1, 433, note SALEILLES.

²⁶ B. GOLDMAN, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, thèse Lyon, 1946; A. TUNC, *Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées*, in *JCP*, 1957, I, p. 1384, et P. DUPICHOT, *La garde de la structure et la garde du comportement dans la responsabilité civile*, thèse Paris XII, 1984.

²⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 juin 1960, *Oxygène liquide*, Bull. Civ. II, n°368, D. 1960, 609, note R. RODIERE.

sé». Dans les rares affaires où cette distinction a été retenue, la jurisprudence parle souvent de «choses mues par un dynamisme propre, susceptible de se manifester dangereusement»²⁸. Des décisions ont même pu établir une présomption d'imputabilité du fait de la chose ayant un dynamisme propre et dangereux à l'encontre du gardien de la structure²⁹.

Un parallèle intéressant mérite d'être fait avec l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 21 novembre 1978, n°5418, qui a retenu la responsabilité de l'institut national pour l'assurance maladie pour un dommage causé à un analyste médical par une bouteille d'acide sulfurique que ce dernier utilisait certes sporadiquement, mais dont la gestion, le choix, l'approvisionnement et la conservation relevaient du centre. En revanche, la production de gaz en bouteille a été considérée dans un arrêt de la Corte di Cassazione du 20 juillet 1979 comme relevant de la responsabilité pour l'exercice d'activités dangereuses au sens de l'article 2050 du Codice civile³⁰. Toutefois, la même Corte di Cassazione a exclu ce régime pour la simple distribution de bouteilles d'eau gazeuse³¹, tandis que son homologue française avait appliqué la distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement dans un litige relatif à une bouteille de limonade³².

En France, cette distinction entre garde de la structure et garde du comportement n'en est pas moins en voie d'abandon³³ par la jurisprudence³⁴, sans doute parce que le problème est désormais essentiellement

²⁸ V. p. ex., Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 1971, n°70-10.668, Bull. Civ. II, n°204; Cass. Civ. 2^{ème}, 24 mai 1984, n°83-10.342, Bull. Civ. II n°95.

²⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1981, n°80-10.450, Bull. Civ. II, n°170.

³⁰ Cass. It., 20 juillet 1979, n°4352.

³¹ Cass. It., 27 février 1980, n°1376.

³² Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 1971, n°70-10.668, Bull. Civ., II, n°204.

³³ Sans parler des décisions fort politiques en matière de tabac telles que Cass. Civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, n°01-17.977, *Seita*, Bull. Civ. II, n°355, qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu «que la théorie distinguant garde de la structure et garde du comportement [est] applicable uniquement aux choses dotées d'un dynamisme propre et dangereuses ou encore dotées d'un dynamisme interne et affectées d'un vice interne».

³⁴ Voir toutefois Cass. Civ. 2^{ème}, 31 mars 2022, n°20-22.594, RTDCiv. 2022, 634, obs. P. JOURDAIN.

réglé par le régime spécifique de la responsabilité du fait des produits défectueux, à la suite d'une interprétation extensive de la Cour de cassation sur la portée de cette responsabilité du fait des produits défectueux, qui phagocyterait les autres responsabilités, nonobstant les dispositions de l'article 13 de la directive de 1985. Un arrêt récent a ainsi estimé que la responsabilité du fait des choses exercée à l'encontre du producteur, autrement dit du gardien de la structure, reposait sur le même fondement que le défaut de sécurité³⁵, ce dont il résulte que la responsabilité du fait des choses est alors exclue à l'encontre du producteur, qui peut seulement se voir opposer la responsabilité du fait des produits défectueux. En revanche, la responsabilité du fait des choses reste possible à l'encontre du gardien du comportement, puisque le fondement de cette responsabilité diffère de celle du fait des produits défectueux. Il nous semble pourtant opportun de revenir à la lettre du texte européen, ainsi que sur la notion de rôle actif, qui ne se limite pas au vice de la chose³⁶.

Appliquons cette distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement aux intelligences artificielles, notamment pour le *Deep Learning*, où le mode de fonctionnement reste une boîte noire y compris pour ceux qui l'ont conçue³⁷. Faut-il faire une sous-distinction entre, d'une part, celui qui a conçu le programme d'entraînement (*machine learning framework*), p. ex. Google pour TensorFlow ou Facebook pour Caffe, et, d'autre part, celui qui a entraîné la machine en lui disant «ceci est une cellule tumorale» – et quid, là encore, de celui qui l'a fait à son insu? Il y aurait alors plusieurs gardiens: d'abord, le titulaire de la licence du logiciel, qui sera souvent le propriétaire de l'ordinateur exécutant le programme, qui sera le gardien du comportement, ensuite l'entraîneur de l'intelligence artificielle, et, enfin, le concepteur

³⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018, n°17-20.154, in *D.*, 2018, p. 1840, note J.-S. BORGHETTI, in *D.*, 2019, p. 45, obs. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, in *RTDCiv.*, 2019, 121, obs. P. JOURDAIN, in *JCP G.*, 2019, n°1190, obs. M. BACACHE.

³⁶ Ce point constitue d'ailleurs une des différences majeures entre la responsabilité du fait des choses en France et en Belgique, les deux reposant pourtant sur le même texte du Code Napoléon.

³⁷ Encore qu'il reste techniquement possible d'accéder aux codes, coefficients, quoiqu'ils restent incompréhensibles par l'être humain.

du programme d'entraînement, qui sera le gardien de la structure, ladite garde de la structure pouvant éventuellement se dédoubler entre celle, au premier degré, de l'entraîneur de l'intelligence artificielle, et celle, au second degré, du concepteur du programme d'entraînement.

L'autonomie relative des intelligences artificielles nous invite également à opérer un parallèle avec la responsabilité du fait des animaux. Parallèlement à l'article 1243 du Code civil français, qui dispose que «le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé», l'article 2052 du Code civil italien dispose que

le propriétaire d'un animal, ou la personne qui l'utilise pendant le temps où il est sous sa garde, est responsable des dommages causés par l'animal, qu'il soit sous sa garde, perdu ou échappé, à moins qu'il ne prouve des circonstances imprévisibles.

Dans un arrêt du 7 septembre 1966, la Corte di Cassazione explique l'origine de ce régime: «les animaux, même s'ils sont apprivoisés, conservent toujours un fonds de sauvagerie et de férocité qui détermine parfois des manifestations irrépressibles de violence et d'agression physique», ce dont il découle que «même si elles sont réputées imprévisibles sur le plan concret et parfois inévitables», le propriétaire ou le simple utilisateur de l'animal doit assumer la responsabilité de ces comportements en vertu de l'article 2052 du Codice civile³⁸.

Enfin, le droit italien présente une responsabilité spécifique pour l'exercice d'une activité dangereuse. L'étude de cette dernière présente un intérêt certain, puisque la notion de dangerosité était à la base du régime proposé par la résolution du Parlement européen en matière de responsabilité relative à l'intelligence artificielle du 20 octobre 2020³⁹. L'article 2050 du Codice civile dispose que

³⁸ Cass. It., 7 septembre 1966, n°2333.

³⁹ Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014(INL)).

quiconque cause un dommage à autrui dans l'exercice d'une activité dangereuse, soit par sa nature, soit par la nature des moyens utilisés, est tenu de verser une indemnité, à moins qu'il ne prouve qu'il a pris toutes les mesures appropriées pour éviter le dommage.

La jurisprudence italienne a pu considérer que ce texte s'appliquait même lorsque les risques n'étaient pas extrêmes⁴⁰. L'omission du respect des normes législatives spéciales empêche toute exonération au titre de l'article 2050⁴¹.

Toutefois, il a pu sembler que des difficultés techniques pouvaient conduire à rendre fort délicate la preuve de la faute, tandis que le domaine de la responsabilité du fait des choses ne connaît pas dans tous les États membres de l'Union européenne une portée aussi étendue qu'en France.

2. L'harmonisation en cours d'un droit spécial de la responsabilité civile au niveau européen

Les apparentes difficultés probatoires relatives à la faute, ainsi que l'absence d'harmonisation juridique de la responsabilité civile objective dans les États membres ont conduit l'Union européenne à développer des outils harmonisés, dont la portée peut être large, avec la responsabilité du fait des produits défectueux (2.1), ou, plus récemment, spécifiques à l'intelligence artificielle (2.2).

2.1. La responsabilité des produits défectueux

La responsabilité du fait des produits défectueux, fondée sur la directive européenne n°85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, permet d'engager la responsabilité du producteur de la technologie défectueuse, et non celle du prestataire utilisateur⁴². Le risque de développe-

⁴⁰ Voir pour une entreprise de construction, App. Torino, 19 novembre 1959, in *Rep. Giur. It.*, 1960, in V° *Responsabilità civile*, n°216.

⁴¹ Cass. It., 8 octobre 1970, n°1895.

⁴² CJUE 21 décembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruex et Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, C-495/10.

ment constitue toutefois une cause d'exonération⁴³, certes rarement mise en pratique en France⁴⁴, dans l'hypothèse où, au moment où le producteur a mis le produit en circulation, l'état des connaissances scientifiques et techniques n'a pas permis de déceler l'existence du défaut⁴⁵.

La notion de «produit» appliquée à des technologies utilisant l'intelligence artificielle peut poser des difficultés. Un système de traitement de données utilisant un logiciel, lorsqu'il est intégré par le fabricant dans un bien meuble corporel⁴⁶ tel qu'un appareil de tomodensitométrie, un cytomètre de flux, etc., constitue indubitablement un produit. Toutefois, il se peut que ce soit consécutivement à une mise à jour du logiciel que l'appareil devienne défectueux, auquel cas la question de la possibilité pour un logiciel de constituer en tant que tel un produit se pose. Pendant longtemps, la difficulté était contournée grâce au support (disquette, CD-ROM, mémoire flash) sur lequel se trouvait ledit logiciel, ce qui permettait de considérer comme un produit défectueux ces supports matériels combinés avec le logiciel. Il a cependant pu être considéré que le logiciel défectueux constitue bien un produit au sens de la directive⁴⁷, aussi bien en interprétant la directive de manière téléologique que de manière analogique, puisque l'électricité est expressément couverte⁴⁸.

Ces difficultés ont été prises en compte lors de la rédaction par la Commission européenne de la proposition de directive du 28 septembre 2022 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. La proposition étendra explicitement la notion de produit aux logiciels⁴⁹, ce qui

⁴³ Art. 1245-10, 4° du Code civil.

⁴⁴ Voir, pour l'interprétation de la directive, CJCE 29 mai 1997, C-300/95, *Commission c. Royaume-Uni*, D. 1998, 488, note A. PENNEAU, in *JCP*, 1997, I, p. 4070, n°31, obs. G. VINEY.

⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n°19-25.102, RDC 2021, n°4, p. 27, note J.-S. BORGHETTI.

⁴⁶ G. WAGNER, *Produkthaftung für autonome Systeme*, AcP 217 (2017), S. 707, 715.

⁴⁷ *Ibid.*, S. 718.

⁴⁸ Art. 1245-2 du Code civil.

⁴⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (COM(2022) 495 final), art. 4(1): ««produit»: tout meuble, même s'il est incorporé dans un autre meuble ou dans un immeuble. Le

inclut les intelligences artificielles⁵⁰. La notion de défaut inclura ceux qui sont apparus lors de mises à jour logicielles⁵¹, mais aussi lors de l'évolution de l'apprentissage machine⁵².

La notion de défaut est également délicate en matière médicale, tant il semble déraisonnable de considérer que le produit doit être absolument parfait, ce qui n'est pas envisageable au regard des incertitudes existant dans le domaine médical. Un dispositif de diagnostic ne peut donc pas automatiquement être considéré comme juridiquement défectueux au prétexte qu'il aurait une sensibilité inférieure à 100%, autrement dit qu'il a commis un «faux négatif», en ne détectant pas une pathologie pourtant présente, ou, a contrario, qu'il n'a pas une spécificité de 100%, ce qui signifie qu'il pourra avoir détecté une anomalie inexistante.

Il semble qu'il soit opportun de se référer pour apprécier le défaut au rapport bénéfice-risque, comme cela se fait en matière de médicaments, en premier lieu lors de l'autorisation de mise sur le marché, mais ce qui semble aussi admis en matière de responsabilité par la Cour de cassation⁵³. Les règles relatives à la pharmacovigilance⁵⁴, et, de manière en-

terme «produit» comprend l'électricité, les fichiers de fabrication numériques et les logiciels».

⁵⁰ *Ibid.*, considérant 12: «Le développeur ou le producteur de logiciels, y compris les fournisseurs de systèmes d'IA au sens du [règlement (UE) sur l'IA], devraient être considérés comme des fabricants».

⁵¹ *Ibid.*, art. 10(2): «Par dérogation au paragraphe 1, point c), un opérateur économique n'est pas exonéré de responsabilité lorsque la défectuosité du produit est due à l'un des éléments suivants, à condition qu'il soit sous le contrôle du fabricant: a) un service connexe; b) des logiciels, y compris des mises à jour ou mises à niveau logicielles; ou c) l'absence de mises à jour ou de mises à niveau logicielles nécessaires au maintien de la sécurité».

⁵² *Ibid.*, considérant 37: «Toutefois, étant donné que les technologies numériques permettent aux fabricants d'exercer un contrôle après le moment de la mise sur le marché ou de la mise en service, il convient que les fabricants restent responsables de toute défectuosité apparue après ce moment du fait des logiciels ou des services connexes qu'ils contrôlent, que ce soit sous la forme de mises à niveau ou de mises à jour ou bien d'algorithmes d'apprentissage automatique».

⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, n°02-11.947, Bull. Civ. I, n°173: «Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si, au regard des circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage que le public pouvait raisonnablement en attendre, du mo-

core plus pertinente pour ce qui concerne notre sujet, à la matériovigilance⁵⁵, peuvent être également utiles pour apprécier l'existence du défaut. Ces points pourront éventuellement être pondérés par l'information et la mise en garde du patient, dans la mesure tout du moins où elles ne revêtent pas un caractère imprécis⁵⁶ ou abusif privant ce dernier de tout recours, alors qu'il se trouve par hypothèse dans une situation de grande vulnérabilité et que la réalité de son consentement est souvent discutable.

Ensuite, tout comme nous l'avons vu ci-dessus pour la faute, la preuve du défaut peut se heurter à des difficultés techniques considérables. Faut-il dès lors envisager une présomption de défaut dans certains cas, afin d'aider les victimes? La Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu l'occasion d'apporter des précisions à ce sujet⁵⁷ dans l'affaire des vaccins contre l'hépatite B. Mais, pour humaines qu'elles puissent paraître en permettant aux victimes de voir leur préjudice réparé, on sait que de telles présomptions peuvent parfois être scientifiquement discutables, voire purement et simplement fausses, et aboutir, dans l'affaire précitée, à une défiance vis-à-vis des vaccins.

Dans la proposition de directive du 28 septembre 2022 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, la charge de la preuve du

ment de sa mise en circulation et de la gravité des effets nocifs constatés, le produit était défectueux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision».

⁵⁴ Directive 2010/84/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2010 modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance, la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, et Règlement (UE) n°1235/2010 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2010 modifiant, en ce qui concerne la pharmacovigilance des médicaments à usage humain, le règlement (CE) n°726/2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, et le règlement (CE) n°1394/2007 concernant les médicaments de thérapie innovante.

⁵⁵ Article L. 5212-2 du Code de la santé publique.

⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, n°05-11.604, Bull. Civ. I, n°467.

⁵⁷ CJUE 21 juin 2017, C-621/15, *Sanofi Pasteur*.

défaut sera facilitée par la mise en place de présomptions⁵⁸, ainsi que par une obligation de divulgation d'éléments de preuve⁵⁹.

Enfin, le domaine du dommage réparable, bien que moindre qu'en droit commun de la responsabilité civile, semble adapté dans notre domaine, puisqu'il comprendra les lésions corporelles et psychologiques subies par la personne humaine⁶⁰.

Toutefois, il ne faut pas oublier d'évoquer l'exonération pour risque de développement, qui est certes une faculté selon la directive⁶¹, mais

⁵⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (COM/2022/495 final), art. 9: «2. La défectuosité du produit est présumée lorsque l'une des conditions suivantes est remplie: a) le défendeur n'a pas respecté l'obligation de divulguer les éléments de preuve pertinents dont il dispose conformément à l'article 8, paragraphe 1; b) le demandeur établit que le produit n'est pas conforme aux exigences de sécurité obligatoires prévues par le droit de l'Union ou le droit national qui sont destinées à protéger contre le risque du dommage survenu; ou c) le demandeur établit que le dommage a été causé par un dysfonctionnement manifeste du produit lors d'une utilisation normale ou dans des circonstances normales. 3. Le lien de causalité entre la défectuosité du produit et le dommage est présumé lorsqu'il a été établi que le produit est défectueux et que le dommage causé est d'une nature généralement propre au défaut en question. 4. Lorsqu'une juridiction nationale juge que le demandeur rencontre des difficultés excessives, en raison d'une certaine complexité technique ou scientifique, pour prouver la défectuosité du produit ou le lien de causalité entre sa défectuosité et le dommage, ou les deux, la défectuosité du produit ou le lien de causalité entre sa défectuosité et le dommage, ou les deux, sont présumés lorsque le demandeur a démontré, sur la base d'éléments de preuve suffisamment pertinents, ce qui suit: a) le produit a contribué au dommage; et b) il est probable que le produit était défectueux ou que sa défectuosité est une cause probable du dommage, ou les deux».

⁵⁹ *Ibid.*, art. 8: «Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, sur sollicitation d'une personne lésée demandant réparation du dommage causé par un produit défectueux (ci-après le «demandeur») qui a présenté des faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité de sa demande en réparation, à ordonner au défendeur de divulguer les éléments de preuve pertinents dont il dispose».

⁶⁰ *Ibid.*, art. 4(6a): ««dommage»: les pertes matérielles résultant: a) de la mort ou de lésions corporelles, y compris le préjudice, médicalement reconnu, causé à la santé psychologique».

⁶¹ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, art. 15, 1), b).

qu'un grand nombre de pays ont choisi d'implémenter dans leur transposition. En matière d'intelligence artificielle, la volonté de favoriser le développement de cette dernière a pu se voir très clairement dans le domaine de la propriété intellectuelle parallèle, avec l'exception⁶² de *data mining*. Il est donc à craindre que des choix politiques nationaux parviennent à restreindre fortement cette forme de responsabilité en jouant sur cette exception.

2.2. La réglementation spécifique de l'intelligence artificielle et les responsabilités qui en découlent

De manière très sectorielle, des règles spécifiques en grande partie issues du droit de l'Union européenne s'appliquent, comme nous l'avons vu, aux dispositifs médicaux. Parallèlement, a été adopté⁶³ le 13 juin 2024 le règlement n°2024/1689 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle⁶⁴.

Ces textes spécifiques vont d'une part définir des obligations dont le non-respect est constitutif d'une faute⁶⁵, et d'autre part créer de nouveaux responsables, en particulier les organismes notifiés.

Ces deux catégories de règles, spécifiques aux dispositifs médicaux et à l'intelligence artificielle, peuvent parfois se recouper, comme le souligne le considérant 50 du règlement sur l'intelligence artificielle. Ce dernier, relatif à la catégorie à haut risque pour dispositifs médicaux de diagnostic in vitro, énonce :

⁶² Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 4.

⁶³ U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, p. 1246.

⁶⁴ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n°300/2008, (UE) n°167/2013, (UE) n°168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (ci-après «règlement sur l'IA»).

⁶⁵ Plus précisément d'une faute spéciale selon la distinction que nous avons abordée ci-dessus.

En ce qui concerne les systèmes d'IA qui constituent des composants de sécurité de produits relevant de certaines législations d'harmonisation de l'Union dont la liste figure en annexe du présent règlement, ou qui sont eux-mêmes de tels produits, il convient de les classer comme étant à haut risque au titre du présent règlement si le produit concerné est soumis à la procédure d'évaluation de la conformité par un organisme tiers d'évaluation de la conformité conformément à la législation d'harmonisation de l'Union correspondante. Ces produits sont notamment [...] les dispositifs médicaux, les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro, [...].

Des obligations incombant ainsi aux déployeurs de systèmes d'IA à haut risque, selon l'article 26 du règlement sur l'intelligence artificielle. En particulier, les déployeurs de systèmes d'IA à haut risque doivent prendre des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir qu'ils utilisent ces systèmes conformément aux notices d'utilisation accompagnant les systèmes. Ensuite, les déployeurs doivent confier le contrôle humain à des personnes physiques qui disposent des compétences, de la formation et de l'autorité nécessaires ainsi que du soutien nécessaire. Ces deux obligations sont sans préjudice des autres obligations du déployeur prévues par le droit de l'Union ou le droit national et de la faculté du déployeur d'organiser ses propres ressources et activités aux fins de la mise en œuvre des mesures de contrôle humain indiquées par le fournisseur. Par ailleurs, sans préjudice de ces deux obligations, pour autant que le déployeur exerce un contrôle sur les données d'entrée, il veille à ce que ces dernières soient pertinentes et suffisamment représentatives au regard de la destination du système d'IA à haut risque.

Des règles spécifiques découlent du règlement sur l'intelligence artificielle quant à la détermination des responsables des dommages causés par l'intelligence artificielle. En effet, le considérant n°79 du règlement énonce qu'

il convient qu'une personne physique ou morale spécifique, définie comme étant le fournisseur, assume la responsabilité de la mise sur le marché ou de la mise en service d'un système d'IA à haut risque, indépendamment du fait que cette personne physique ou morale soit ou non la personne qui a conçu ou développé le système.

En outre, l'obligation de faire vérifier la conformité des systèmes d'intelligence artificielle à hauts risques a pour corollaire que les organismes chargés de cette vérification, appelés les organismes notifiés, engagent également leur responsabilité. L'article 31 alinéa 9 du règlement sur l'IA disposent qu'ils doivent souscrire à ces fins une assurance de responsabilité civile.

Au-delà de la réglementation de l'intelligence artificielle, la Commission européenne a présenté le 28 septembre 2022 une proposition de directive⁶⁶ spécifiquement consacrée à l'adaptation du droit de la responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle.

Après l'approche assez différente soutenue dans la résolution du Parlement européen, la proposition de directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'intelligence artificielle de la Commission s'oriente vers un retour aux règles communes de la responsabilité pour faute, avec quelques assouplissements en matière de preuve.

L'article 1^{er} de cette proposition de la Commission prévoit dans son second alinéa que la directive s'applique aux actions en responsabilité civile délictuelle fondées sur la faute lorsque le dommage a été causé par un système d'intelligence artificielle. La directive a pour vocation de créer une harmonisation minimale, ce qui signifie que les victimes pourront continuer d'invoquer d'autres règles nationales, comme les responsabilités objectives⁶⁷. La faute peut notamment consister dans la violation des obligations de compliance dont le fournisseur d'intelligence artificielle est tenu, notamment au regard du règlement relatif à l'intelligence artificielle. Afin de faciliter la démonstration des manquements du défendeur à ses obligations, l'article 3 de la directive prévoit des obligations de divulgation pour les exploitants d'intelligences artificielles à haut risque, dans le respect de ce qui est nécessaire et proportionné pour l'action en responsabilité civile⁶⁸.

⁶⁶ Proposition de directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'intelligence artificielle, COM(2022) 496 final.

⁶⁷ *Ibid.*, cons. 14 et art. 1^{er} al. 4.

⁶⁸ Et de la protection du secret des affaires tel que prévu par la directive n°2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Le cœur de la directive réside dans l'article 4, qui crée des présomptions réfragables⁶⁹ de lien de causalité dans l'hypothèse d'une faute du défendeur. De manière générale, la présomption de causalité est soumise à trois conditions cumulatives: d'une part, le demandeur doit avoir démontré⁷⁰ la faute du défendeur, ou d'une personne dont le défendeur doit répondre, consistant dans le non-respect d'une obligation de diligence à l'égard d'autrui résultant du droit de l'Union ou du droit national directement conçue pour protéger contre le dommage réalisé, d'autre part, il peut être considéré comme raisonnablement probable, au vu des circonstances de l'espèce, que la faute a eu une influence sur le résultat produit par le système d'intelligence artificielle, ou sur l'incapacité du système d'intelligence artificielle à produire un résultat, et enfin, le demandeur doit avoir démontré que le résultat produit par le système d'intelligence artificielle, ou l'incapacité du système d'intelligence à produire un résultat, a donné lieu au dommage.

La distinction prévue dans la résolution du Parlement entre intelligence artificielle à haut risque et les autres catégories d'intelligences artificielles subsiste toutefois dans l'application de la présomption. En effet, le fournisseur d'une intelligence artificielle à haut risque sera considéré comme n'ayant pas respecté son obligation de diligence lorsqu'il n'a pas respecté certaines des exigences prévues aux chapitres 2 et 3 du titre III du règlement sur l'intelligence artificielle, notamment les critères de qualité des modèles d'apprentissage, les critères de transparence, la possibilité de surveillance efficace par des personnes physiques lors de l'utilisation, ou l'exigence de développement ou de conception permettant d'atteindre un niveau approprié de précision, de robustesse et de cybersécurité, ou en cas de non-application des mesures correctives nécessaires pour la mise en conformité du système d'intelligence artificielle.

Quant à l'utilisateur d'une intelligence artificielle à haut risque, ce dernier sera considéré comme n'ayant pas respecté son obligation de

⁶⁹ Art. 4, al. 7 de la directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'intelligence artificielle.

⁷⁰ Ou la cour doit avoir présumé en cas de refus du défendeur de fournir les informations exigées en vertu de l'article 3 de la directive sur l'adaptation du droit de la responsabilité civile à l'intelligence artificielle.

diligence lorsque le demandeur prouvera qu'il n'a pas respecté ses obligations d'utiliser ou de surveiller le système d'intelligence artificielle conformément au mode d'emploi qui l'accompagne ou, le cas échéant, de suspendre ou d'interrompre son utilisation conformément à l'article 29 du règlement sur l'intelligence artificielle, ou lorsqu'il a exposé le système d'intelligence artificielle à des données d'entrée sous son contrôle qui ne sont pas pertinentes au regard de la finalité du système. Notons que, en vertu de l'art. 4 al. 4 de la directive, la présomption ne jouera pas pour un système d'intelligence artificielle à haut risque, lorsque le défendeur aura démontré que des preuves et une expertise suffisantes sont raisonnablement accessibles au demandeur afin de prouver le lien de causalité.

En revanche, dans le cas d'une demande de dommages et intérêts concernant un système d'intelligence artificielle qui n'est pas un système d'intelligence artificielle à haut risque, la présomption de causalité ne s'appliquera que si la juridiction nationale estime qu'il est excessivement difficile pour le demandeur de prouver le lien de causalité.

Enfin, l'alinéa 6 de l'article 4 de la directive précise que dans le cas d'une demande de dommages-intérêts à l'encontre d'un défendeur qui a utilisé le système d'intelligence artificielle dans le cadre d'une activité personnelle et non professionnelle, la présomption de causalité ne s'appliquera que si le défendeur est intervenu de manière substantielle dans les conditions de fonctionnement du système d'intelligence artificielle ou si le défendeur était tenu de déterminer les conditions de fonctionnement du système d'intelligence artificielle et qu'il était en mesure de le faire, mais qu'il ne l'a pas fait.

Ces présomptions introduites par la proposition de directive viendront ainsi faciliter la démonstration du lien de causalité, qui, compte-tenu du caractère très technique de la matière, pouvait être une étape délicate dans l'action en responsabilité civile exercée afin d'obtenir la réparation des dommages causés par l'intelligence artificielle dans les diagnostics médicaux.

BIENS COMMUNS ET RÈGLES COMMUNES. ENTRE NOUVELLES TRANSITIONS, NOUVEAUX PROBLÈMES ET SOLUTIONS ANCIENNES

*Christian Zendri**

SOMMARIO: 1. Quelques introductions générales. 2. Perspectives synchroniques et diachroniques. 3. Les biens communs comme base de la vie commune: une transition des personnes aux choses. 4. Une communauté composée d'une seule personne? Une transition du multiple à l'un. 5. D'avoir des droits à être des droits: une transition du passé vers le futur.

Résumé

L'essai part des notions de communauté et de patrimoine (matériel et juridique), soulignant le lien qui les unit. En particulier, les deux notions relient les dimensions individuelles et collectives et, en même temps, ensemble, elles conçoivent la communauté et son patrimoine comme des entités intergénérationnelles. L'essai étudie la tradition juridique, et surtout une doctrine ancienne attribuée à un archevêque de Ravenne, Moïse, selon laquelle les biens d'une communauté, et surtout les bâtiments, incorporent les droits de la communauté elle-même, assurant sa subsistance dans le temps même en cas de disparition temporaire des personnes qui constituaient la communauté. Cette théorie, bien que minoritaire, semble saisir pleinement la nature juridique des communautés humaines et leur capacité à exister dans le temps, malgré la mutation continue de leurs membres et des circonstances.

Abstract

The essay starts from the notions of community and heritage (material and legal), underlining the link that unites them. In particular, both notions connect the individual and collective dimensions, and at the same time, together, they design the community and its heritage as intergenerational entities. The essay studies the legal tradition, and above all an ancient doctrine attributed to an archbishop of Ravenna, Moses, according to which the assets of a community, and especially the buildings, incorporated the rights of the community itself,

** Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Trento.*

ensuring its subsistence over time even in the case of a temporary disappearance of the people who constituted the community. This theory, although a minority one, seems to fully grasp the legal nature of human communities and their ability to exist over time, despite the continuous mutation of their members and circumstances.

Riassunto

Il saggio prende le mosse dalle nozioni di comunità e di patrimonio (materiale e giuridico), sottolineando il legame che le unisce. In particolare, entrambe le nozioni congiungono la dimensione individuale e quella collettiva, e allo stesso tempo, insieme, disegnano la comunità e il suo patrimonio come entità intergenerazionali. Il saggio studia la tradizione giuridica, e soprattutto una dottrina antica attribuita a un arcivescovo di Ravenna, Mosè, secondo la quale i beni di una comunità, e soprattutto gli edifici, incorporavano i diritti della comunità stessa, assicurandone la sussistenza nel tempo anche nel caso di un provvisorio venir meno delle persone che costituivano la comunità. Tale teoria, pur minoritaria, sembra però cogliere pienamente la natura giuridica delle comunità umane e la loro capacità di esistere nel tempo, pur nella continua mutazione dei loro membri e delle circostanze.

1. *Quelques introductions générales*

Les grandes transitions de ces dernières années ont engendré de nouvelles problématiques, qui revêtent de plus en plus une triple dimension: individuelle, collective et globale. Les caractéristiques de ces transitions semblent rendre nécessaire un nouvel équilibre entre les dimensions individuelle et collective (et à la limite globale). D'un autre côté, les formes juridiques dans lesquelles cet équilibre a été historiquement atteint en Occident, à savoir les formes démocratiques, semblent être en crise et font l'objet de critiques nombreuses.

Si l'on veut être précis, il faut cependant prendre en compte une dimension historique beaucoup plus riche et complexe. Les formes juridiques que nous connaissons sont le produit d'une histoire qui s'est développée selon des modèles complexes et différenciés, à la recherche d'un équilibre entre individuel et collectif, et entre universel et particulier. Plus précisément, la vie et l'identité même des communautés occidentales, grandes et petites, ont été organisées et développées autour de biens et de droits communs, en relation constante avec les individus, et

autour d'une dimension juridique particulière, en relation constante avec la dimension universelle. L'équilibre entre dimensions particulières et universelles, entre individuelles et collectives, a été recherché et développé dans une perspective non seulement synchronique mais aussi diachronique. C'est-à-dire que chaque individu et chaque communauté étaient compris non seulement comme vivant à un moment historique donné, mais comme faisant partie d'une communauté diachroniquement étendue, formée de différentes générations qui se sont succédées au fil du temps.

2. Perspectives synchroniques et diachroniques

Ce dernier aspect est peut-être celui par lequel il convient de commencer. Son importance, dans l'histoire de la tradition juridique, peut être appréhendée en réfléchissant à de nombreux éléments. Il faut tout d'abord considérer la notion de peuple et la perspective dans laquelle elle a été envisagée par les juristes. Si, comme on pouvait s'y attendre, ils ont souligné tout d'abord le caractère juridique de cette notion (ce sur quoi il faudra revenir), ils n'ont pas manqué de souligner son caractère intergénérationnel.

S'il est vrai que la lexicographie juridique ne semble pas avoir prêté beaucoup d'attention à cet aspect, il est également vrai qu'elle ne l'a pas exclu. Huguccius Pisanus, dans ses *Derivationes*, a identifié l'élément distinctif du *populus* dans l'association qui découle du consensus et de la communion¹. Mais attention: non pas un consensus de volonté, mais un consensus de droit, et non une communion générique, mais une communion de cœurs, c'est-à-dire d'intentions et d'esprits². Ce sont deux éléments qui ne se limitent pas nécessairement au temps présent, mais qui sont capables de s'étendre chronologiquement, d'embrasser de multiples générations, liées entre elles par des liens juridiques et une

¹ E. CECCHINI, G. ARBIZZONI, S. LANCIOTTI, G. NONNI, M.G. SASSI, A. TONTINI (édd.), UGUCCIONE DA PISA, *Derivationes*, I-II, Firenze, 2004, II, P 102 [6], p. 950: «Item a polis pro civitate hic populus -li. Est enim populus humane multitudinis cetus iuris consensu et concordie comunione sociatus».

² Voir note précédente.

unité spirituelle. De par leur nature, le droit et les droits sont en effet capables de dépasser largement les limites de la vie humaine et de survivre au passage des différentes générations. Ceci est démontré, par exemple, par les réflexions qui ont été faites autour de la notion d'*universitas* et de sa permanence dans le temps, en recourant également à l'image classique du navire qui, bien que constamment renouvelé dans ses éléments constitutifs, reste néanmoins le même, si considérée dans son unité d'ensemble³.

Un autre signe de cette attention, est l'importance qu'avaient, et ont encore en partie, des institutions telles que le *fideicommissum* et le *trust* dans la tradition juridique. Il s'agit d'institutions dont le but principal est la préservation d'un certain patrimoine au fil des générations⁴.

La notion même de patrimoine souligne en effet cette capacité de résistance dans le temps, ce qui est très évident dans le terme anglais qui traduit le mot «patrimoine»: *heritage*⁵.

De ce point de vue, la notion de patrimoine semble vouée à dépasser largement son utilité comme limite fixée à la responsabilité du débiteur, selon une conception traditionnelle. Cette notion a joué dans le passé et pourrait jouer à l'avenir une fonction beaucoup plus active, devenant le point de regroupement d'activités destinées à accroître, conserver et, si nécessaire, vendre le patrimoine lui-même, en vue de finalités qui dé-

³ Voir à ce sujet les observations de C. ZENDRI, *Patrimonio ed eredità, persone fisiche e 'universitates' nella tradizione di diritto comune (secc. XII-XIII). Problemi e prime considerazioni*, in P. NERVI (éd.), *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2016 (Annali di studi sulla proprietà collettiva, 1.2016), pp. 205-219; ID., *Proprietà collettive e patrimonio nella tradizione giuridica occidentale moderna: appunti per una riflessione*, in P. NERVI (éd.), *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2018 (Annali di studi sulla proprietà collettiva, 1.2018), pp. 75-94; ID., *Ordinamento Consuetudine Patrimonio. Appunti di Storia dei Domini collettivi*, in S. ROSATI (éd.), *"Il Cammino delle Terre Comuni". Dalle leggi liquidatorie degli usi civici al riconoscimento costituzionale dei domini collettivi*, Atti del I Convegno Nazionale sui Domini Collettivi (Tarquinia, 8 Giugno 2019), Tarquinia, 2019 (Fonti di Storia Cornetaniana. Supplementi, 45), pp. 37-44. L'appel ancien à l'image du navire chez PLU., *Thes.*, 23, 1.

⁴ Sur le trust et son histoire, voir CH.J. REID JR., *The Seventeenth-Century Revolution in the English Land Law*, in *Cleveland State Law Review*, 43.221, 1995, pp. 223-302, en particulier pp. 288-296.

⁵ Sur la notion de patrimoine, voir la note n. 3.

passent le cadre de la chronologie d'horizon traditionnelle de la vie humaine⁶.

D'un autre côté, un regard sur l'histoire de la pensée juridique montre sans aucun doute que les biens communs ont non seulement été la partie principale juridiquement, car principale économiquement, du patrimoine commun, mais qu'ils ont également rempli d'autres fonctions.

3. Les biens communs comme base de la vie commune: une transition des personnes aux choses

Une doctrine célèbre, attribuée à l'archevêque de Ravenne, Moïse, au XII^e siècle, montre bien ce que nous essayons de dire⁷. Le problème auquel Moïse devait faire face concernait la vie et l'existence des monastères. Nous parlons notamment des monastères cénobites, selon la tradition la plus répandue du monachisme occidental. Le problème concernait donc des communautés réelles, dans un sens beaucoup plus fort que ce que l'on attribue habituellement à ce terme aujourd'hui. Les moines d'un monastère, au XII^e siècle, dormaient dans des espaces communs, travaillaient ensemble et dans des lieux communs, mangeaient et priaient ensemble et dans les mêmes espaces⁸. En revanche,

⁶ C. ZENDRI, *Conservazione del patrimonio e responsabilità familiari nella dottrina giuridica ed economica fra i secoli XVI e XVII: Johannes Gryphiander (1580-1652)*, in P. NERVI (éd.), *Archivio Scialoja-Bolla*, Milano, 2020 (Annali di studi sulla proprietà collettiva, 1.2020), pp. 239-247.

⁷ E. CORTESE (éd.), *Per la storia di una teoria dell'arcivescovo Mosè di Ravenna (m. 1154) sulla proprietà ecclesiastica*, in S. KUTTNER, K. PENNINGTON (édd.), *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, Salamanca (21-25 September 1976), Città del Vaticano, 1980, pp. 117-155, ora anche in E. CORTESE, *Scritti*, I. BIROCCI, U. PETRONIO (édd.), Spoleto, 1999.

⁸ Voir le volume classique *Dall'eremo al cenobio. La civiltà monastica in Italia dalle origini all'età di Dante*, Milano, 1987; en outre F. KEMPF, *Movimenti di rinnovamento e di riforma dal 900 al 1050. Il rinnovamento della vita monastica e canonica*, in H. JEDIN (éd.), *Storia della Chiesa*, IV, *Il primo medioevo*, Milano, 1992, pp. 414-430; H. WOLTER, *L'epoca postgregoriana (1124-1154). Gli ordini riformatori del XII secolo. Bernardo di Chiaravalle*, in H. JEDIN (éd.), *Storia della Chiesa*, V.1, *Civitas*

le XII^e siècle (comme le XXI^e) fut une époque de transitions⁹. Les grands affrontements entre papauté et empire, résumés par Harold Berman dans la formule efficace «Révolution papale», avaient produit de nouvelles conditions juridiques, théologiques, philosophiques et sociales, ou du moins avaient permis de nouveaux développements dans tous ces domaines. La société se transformait profondément, le commerce se développait sans relâche, le monde des Européens s'était élargi, vers le sud et vers l'est, grâce également aux croisades, la pensée avait retrouvé (ou commençait à retrouver) la familiarité avec les œuvres majeures d'Aristote, et avec des sciences renouvelées comme la logique, les universités sont nées et ont pris de l'importance, la pensée juridique s'est transformée en une science autonome, avec des fondements spécifiques et en quête d'un rôle nouveau et toujours plus grand. Dans le cadre des profonds changements sociaux, la religion a également changé. De nouveaux ordres religieux se sont développés, de nouvelles doctrines se sont affirmées, en partie orthodoxes et en partie hétérodoxes. Les bouleversements politiques ont provoqué des guerres, des pillages et des ravages, et même des communautés stables, comme les communautés monastiques, ont été impliquées. Il s'agit bien entendu de changements différents de ceux que nous connaissons aujourd'hui, mais ils n'en furent pas moins profonds, ni moins violents, et ne posèrent pas moins de problèmes que ceux d'aujourd'hui¹⁰.

Ainsi, lors de cette transition, il pouvait arriver, et cela arrivait, qu'une communauté monastique s'éteigne ou, mieux encore, que tous

medievale. La scolastica, Gli ordini mendicanti (XII-XIV sec.), Milano, 1993, pp. 15-32. Vieilli, mais toujours plein d'informations aujourd'hui, G. DE VALOUS, *Le monachisme clunisien du début au XV^e siècle*, I-II, Paris, 1936. Pour une perspective du début du Moyen Âge *Monachesimi d'Oriente e d'Occidente nell'alto medioevo*, Atti della Settimana di Studio (Spoleto, 31 marzo - 6 aprile 2016), Spoleto, 2017.

⁹ Comme le souligne le volume classique G. CONSTABLE, G. CRACCO, H. KELLER, D. QUAGLIONI (édd.), *Il secolo XII: la «renovatio» dell'Europa cristiana*, Bologna, 2003. La question de savoir si, et dans quelle mesure, un tournant devait être avancé au XI^e siècle était un problème abordé dix ans plus tôt par C. VIOLANTE, J. FRIED (édd.), *Il secolo XI: una svolta?*, Bologna, 1993.

¹⁰ Voir G. CONSTABLE, G. CRACCO, H. KELLER, D. QUAGLIONI (édd.), *Il secolo XII*, cit. Pour une perspective générale juridique voir H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), 1983.

les moines qui constituaient la communauté jusqu'à ce moment disparaissent. La question qui se posait était donc la suivante: la disparition, par mort ou dispersion, de la communauté, du peuple, entraînait-elle aussi la disparition du monastère lui-même? Pour bien comprendre le problème, il faut considérer un fait, qui peut parfois nous échapper aujourd'hui, mais qui était très clair pour les hommes du XII^e siècle: une communauté n'est pas composée uniquement de personnes. Elle existe toujours dans un lieu (ou dans plusieurs, dans certains cas), et vit grâce à ce lieu, dormant dans ces maisons, cultivant ces champs, travaillant dans ces magasins et laboratoires, priant dans ces églises (ou dans d'autres lieux, cependant appelés). Ce n'est pas assez. La communauté et les lieux sont liés d'une autre manière. Par son existence, la communauté humaine donne forme aux lieux, au sens matériel (elle construit des bâtiments, cultive des champs et des forêts, etc.) et spirituel (un fait avant tout: le nom). De plus, par sa présence et sa vie, la communauté acquiert ou constitue des droits, des structures juridiques et des obligations. Tout cela, choses, biens, droits, obligations, n'est évidemment pas lié à la vie de l'individu, mais à celle de la communauté (et cela paraît bien évident). Mais les choses, les biens, les structures juridiques, à vrai dire, font aussi quelque chose de plus: ils peuvent exister, du moins en théorie, même au-delà de la vie de la communauté qui les a produits. Un bâtiment ne cesse pas d'exister parce que ses habitants l'abandonnent, un champ, une forêt, un pâturage sont encore là lorsque les anciens agriculteurs, bûcherons et bergers les ont abandonnés¹¹. Pourquoi alors les droits et les obligations qui les lient les uns aux autres et à la communauté cesseraient-ils brusquement, aussitôt que la communauté elle-même a cessé?

La réponse de Moïse est intéressante, car elle nous étonne¹². Les droits et les situations juridiques ne seraient pas liés à l'existence, individuelle ou collective, de personnes humaines. En vivant dans ces lieux, en cultivant ces champs, ces bois, ces pâturages, la communauté a donné vie à un complexe composé de personnes, de droits et de biens. Les droits ont donc été incorporés aux biens eux-mêmes, en particulier aux

¹¹ Sur tout cela, voir la bibliographie en note 3.

¹² Voir E. CORTESE (éd.), *Per la storia di una teoria dell'arcivescovo Mosè*, cit.

bâtiments! Il me semble que ce n'est pas là seulement une des nombreuses manifestations de l'importance des choses dans la tradition juridique des siècles «médiévaux»¹³. Il s'agit plutôt de reconnaître la communauté comme une réalité composite, composée de choses (biens), de personnes et de droits, afin que la disparition, pour une période plus ou moins longue, de la communauté (personnes) ne mette pas en péril l'existence de biens (et il ne pouvait pas le faire) ni même de droits, qui faisaient que ces choses et ces personnes existaient dans le monde juridique¹⁴. Les droits du monastère ne disparurent pas avec les moines, mais furent incorporés aux biens, aux bâtiments, de sorte que, lorsqu'une nouvelle communauté monastique s'établirait à nouveau dans le monastère et lui redonnerait ainsi vie, les droits en question reviendraient également à la vie.

4. Une communauté composée d'une seule personne? Une transition du multiple à l'un

S'il s'agit là, sans aucun doute, d'une transition audacieuse, ce n'est pas la seule dont la doctrine juridique ait émis l'hypothèse. Le passage d'un droit construit autour des personnes à un droit construit autour des choses est certainement inhabituel, voire bizarre. Cependant, réduire une communauté à une seule personne n'est pas moins bizarre. La question aurait pu paraître résolue sur la base d'un texte spécifique du Digeste de Justinien, qui admettait la possibilité qu'une communauté, une collectivité, puisse se réduire à un individu, qui aurait pu agir et être convenu à la place de la collectivité elle-même¹⁵.

La doctrine juridique a interprété la question d'une manière intéressante, ce qui nous ramène une fois de plus au rôle des biens communs (entendus naturellement comme les biens d'une communauté particu-

¹³ Importance soulignée par P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995.

¹⁴ Voir à nouveau la bibliographie en note 3.

¹⁵ D. 3, 4, 7: «Si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis».

lière). Vers le milieu du XIII^e siècle, Accursius¹⁶, en écrivant sa *Glossa ordinaria*, c'est-à-dire la série continue de gloses sur le *Corpus iuris civilis*, tenta d'établir quelques points fixes. Tout d'abord, il admet qu'une seule personne n'est pas et ne peut pas être une communauté, une université, et ne peut donc pas constituer une université (il faudrait, dit-il, au moins trois personnes). Cependant, elle peut préserver les droits de l'université, car il peut préserver le nom, qui est, notons-le, un bien commun. La conséquence est que l'université, réduite à une seule personne, peut nommer un *syndicus*, c'est-à-dire un procureur.

Mais le problème le plus grave, demeure, celui de la dispersion totale de la communauté, de sorte qu'il ne reste même pas un seul des membres du collège. La réponse d'Accursius est, au début, décourageante. Faisant probablement référence à Jean Bassianus¹⁷, Accursius déclare que la communauté cesse d'exister. Mais les biens communs? Voilà la surprise. Même s'il est vrai que la communauté n'existe plus, les biens communs existent toujours, non pas comme des choses isolées, déconnectées les unes des autres, ni comme des droits séparés, mais comme un ensemble complexe. En fait, Accursius reconnaît d'abord qu'à la cessation de la communauté, ses biens ne deviennent la propriété de personne. Mais aussitôt après, il affirme que, si l'autorité supérieure décide de reconstituer la communauté (naturellement entièrement renouvelée, et après sa fin), en vertu d'une fiction juridique, elle réacquiert tous les biens de la communauté précédente, comme si cette communauté n'avait jamais cessé d'exister.

C'est ici qu'émerge la doctrine de l'archevêque Moïse, évoquée plus haut. Dans un premier temps, la position d'Accursius est très critique. La pensée de Moïse est «durissimum et contra legem». Au moment même où le collège, en tant que groupe de personnes, cesse d'exister, les biens sont achetés par le fisc ou par le pape, c'est-à-dire, dans les termes d'aujourd'hui, par l'État.

¹⁶ G. MORELLI, *Accursio (Accorso)*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I-II, Bologna, 2013, ici I pp. 6-9.

¹⁷ E. CORTESE, *Bassiano (Bosiano, Boxiano), Giovanni*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I pp. 191-193.

Il faut cependant lire les gloses jusqu'au bout. Accursius introduit donc une distinction, celle entre *dominium* et *possessio*. Nous ne pouvons pas simplement traduire ces termes par propriété et possession. Dans la tradition du *jus commune*, les frontières entre propriété et possession sont plus floues. Mais il est certain que les deux termes identifient deux situations différentes: la propriété abstraite des biens et leur jouissance. Dans ce cas, selon la *Glossa*, le *dominium* appartiendrait au fisc ou au pape, mais la possession des droits sur les biens appartiendrait aux murs des édifices, des églises dans le cas des monastères, puisque, évidemment, ils constituaient les biens immobiliers les plus étroitement liés à la vie communautaire¹⁸.

L'idée est renforcée par l'usage linguistique selon lequel, explique la *Glossa*, on disait que l'église était l'édifice et que l'église possédait, avait des droits, les revendiquait, de sorte que l'on pouvait dire que l'édifice était propriétaire, même lorsque la communauté existait et les représentants légaux de la communauté agissait en son nom¹⁹.

¹⁸ Glossa «Nomen universitatis» ad D. 3, 4, 7: «Item quid si nullus omnino remansit? Respondit Iohannes [Bassianus?] solutum esse collegium, et res in nullius bonis sunt, sicut et hereditariae: sed tamen si postea auctoritate domini papae, vel eius, ad quem spectat cura eiusdem collegii, instituatur aliquis in eodem collegio, iuris artificio fingitur istius fuisse [...] licet quidam archiepiscopus Moyses ipsos parietes possidere dixerit, etiam durante collegio: quod durissimum est dicere et contra legem videtur [...] Verum tamen id esse videtur, ut nullo modo dicantur esse ullius, scilicet ab eo tempore, quo solutum est collegio: sed ipso iure sint fisco, vel papae quae ficta [...] et hoc quantum ad dominium: secus quantum ad possessionem [...] posset tamen pro Moyse allegari, quod plerumque dicitur Ecclesia ipse locus parietibus circumdatus, et etiam consecratus; et alias dicitur Ecclesia ius habere, et possidere, et vindicare [...] Unde videtur quod talis locus, sive parietes possideant etiam durante collegio: et vindicent per praelatos, tanquam quilibet privatus per procuratorem, vel colonum».

¹⁹ Voir note 17: «posset tamen pro Moyse allegari, quod plerumque dicitur Ecclesia ipse locus parietibus circumdatus, et etiam consecratus; et alias dicitur Ecclesia ius habere, et possidere, et vindicare [...] Unde videtur quod talis locus, sive parietes possideant etiam durante collegio: et vindicent per praelatos, tanquam quilibet privatus per procuratorem, vel colonum».

5. *D'avoir des droits à être des droits: une transition du passé vers le futur*

Ces problèmes, qu'ils aient été résolus comme l'a suggéré l'archevêque Moïse, ou d'une manière plus abstraite suggérée par la *Glossa*, nous ont cependant fait comprendre quelque chose de crucial. L'existence d'une communauté, d'une *universitas*, d'un *populus*, depuis le début de la tradition juridique (et même plus tard, comme nous le verrions si nous avions l'occasion de suivre le fil de l'histoire), dépendait d'un complexe de droit. En effet, une telle existence était identifiée à eux. Ceci non seulement dans le sens évident et banal qu'une communauté jouissait d'un ensemble de droits, et que ces droits étaient, pour ainsi dire, son reflet, son empreinte dans le monde juridique et dans les relations avec les autres communautés et avec les individus. En réalité, l'ensemble des droits, devrions-nous dire le patrimoine, formaient la communauté, dans un sens très précis.

Non seulement c'est le droit au sens objectif qui permet l'existence de la communauté, mais ce sont les droits qui régissent la vie de la communauté elle-même, qui font la communauté²⁰. Ce n'est pas un hasard si Moïse a incorporé les droits du monastère dans les bâtiments: ce sont ces droits qui ont permis au monastère d'exister dans le futur. Le manque de moines était un fait temporaire. Dès que d'autres moines prendront possession des bâtiments, le monastère renaîtra. Attention: un nouveau monastère ne naît pas; c'est l'ancien qui renaît avec tous ses droits et coutumes. Et ce n'est pas par hasard que la *Glossa* a conservé entre les mains de la puissance publique (le *fiscus* ou le pape) le *dominium*, mais la possession, c'est-à-dire l'exercice matériel des droits, en l'incorporant aux bâtiments. Notez que ce ne sont pas des droits distincts qui ont survécu. Ce qui a survécu, c'est la communauté elle-même, monastique et laïque, et elle pourrait survivre si et seulement si l'ensemble de ses droits, son ordre, continuaient d'exister en

²⁰ Sur toute la question, voire C. ZENDRI, *Ordinamenti giuridici primari. Le Carte di Regola come patrimonio della tradizione giuridica occidentale*, in L. FAORO (éd.), *Carte di regola. Storia, territorio, attualità*, Atti dell'incontro pubblico (Museo degli Usi e Costumi della Gente Trentina di San Michele all'Adige, 25 settembre 2021), Trento, 2022, pp. 65-72.

tant que tels. La tradition juridique était très claire: ce qui rendait possible l'existence d'un *populus*, d'une communauté, c'était le droit, non pas le droit général ou universel, mais le droit de cette communauté. C'était si vrai que la communauté s'identifiait à son droit: c'était son droit. Naturellement, comme nous l'avons déjà dit, ce droit particulier était susceptible d'évoluer au fil du temps²¹. Mais le complexe juridique, l'ordre particulier, le patrimoine juridique qu'était la communauté continuaient d'exister inchangés: toujours changeant dans les détails, toujours le même dans son ensemble.

Cette doctrine a permis, dans le passé, les transitions qu'ont connues les communautés, jusqu'à aujourd'hui, en survivant, sinon dans le droit positif (qui, au cours des deux cents dernières années, s'est plus ou moins éloigné de cette tradition, qui est alors la sienne aussi), du moins dans l'usage tacite des communautés. Et cela s'est produit, me semble-t-il, parce que précisément l'identification d'un peuple avec son droit nous permet de combiner identité individuelle et collective, relations internes et externes, continuité et changement imparable.

C'est, me semble-t-il, ce qui fait sa modernité.

²¹ Voir note 3.

LES NOUVELLES VULNÉRABILITÉS NUMÉRIQUES SAISIES PAR LE DROIT: BILAN ET PERSPECTIVES

*Rym Fassi-Fihri**

SOMMARIO: 1. L'identification de vulnérabilités (plus ou moins) spécifiques. 1.1. La reproduction de vulnérabilités existantes. 1.2. La production de nouvelles vulnérabilité. 2. L'émergence de réponses juridiques (plus ou moins) adaptées. 2.1. Les avancées. 2.2. Les limites.

Résumé

Si le concept de vulnérabilité suscite, depuis plusieurs années, l'intérêt des praticiens et des chercheurs en droit, en particulier en matière de droits humains, celui de «vulnérabilité numérique» apparaît assez peu étudié. Pourtant, la révolution numérique est bien à l'origine de plusieurs phénomènes s'apparentant à de nouvelles formes d'exclusion et de fragilité. Ceci trouve une particulière illustration dans les inégalités d'accès aux outils numériques, aussi appelées «fractures numériques». Ces situations d'exclusion, corroborées par une politique de dématérialisation des services publics de plus en plus poussée, participent à restreindre ou à priver certaines personnes déjà vulnérables de l'accès aux droits. Par ailleurs, du fait de la puissance économique des plateformes et du caractère désormais incontournable des nouvelles technologies, les utilisateurs se trouvent fréquemment placés dans une situation d'asservissement. Après avoir mis en évidence l'intérêt d'une analyse de ces différentes situations sous le prisme de la vulnérabilité, cet article entend d'une part identifier les spécificités des vulnérabilités numériques par rapport aux inégalités existantes et d'autre part examiner les protections juridiques qui leur sont rattachées.

Abstract

While the concept of vulnerability has been raising the interest of legal practitioners and researchers for several years, particularly in the field of human rights, the concept of “digital vulnerability” appears to have been little studied. Yet the digital revolution is indeed at the root of a number of phenomena resembling new forms of exclusion and fragility. This is particularly true of inequalities in access to digital tools, also known as “digital divides”. These situa-

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Limoges.

tions of exclusion, corroborated by a policy of increasing dematerialization of public services, contribute to restricting or depriving certain already vulnerable people of access to rights. Moreover, the economic power of platforms and the inescapable nature of new technologies frequently place users in a situation of servitude. After highlighting the value of analyzing these different situations through the prism of vulnerability, this article sets out to identify the specific features of digital vulnerabilities in relation to existing inequalities, and to examine the legal protections associated with them.

Riassunto

Mentre il concetto di vulnerabilità ha attirato l'interesse di giuristi e ricercatori per diversi anni, in particolare nel campo dei diritti umani, il concetto di "vulnerabilità digitale" sembra essere stato studiato relativamente poco. Eppure, la rivoluzione digitale è alla base di una serie di fenomeni che possono essere assimilati a nuove forme di esclusione e fragilità. Ciò è particolarmente vero per le disuguaglianze nell'accesso agli strumenti digitali, note anche come "digital divide". Queste situazioni di esclusione, corroborate da una politica di crescente dematerializzazione dei servizi pubblici, contribuiscono a limitare o privare dell'accesso ai diritti alcune persone già vulnerabili. Inoltre, il potere economico delle piattaforme e l'ineluttabilità delle nuove tecnologie fanno sì che gli utenti si trovino spesso in una situazione di servitù. Dopo aver sottolineato il valore dell'analisi di queste diverse situazioni attraverso il prisma della vulnerabilità, questo articolo si propone di identificare le caratteristiche specifiche delle vulnerabilità digitali in relazione alle disuguaglianze esistenti e di esaminare la tutela giuridica ad esse associate.

Si nombreux sont les travaux de doctrine relatifs à la vulnérabilité en droit interne¹, européen² ou international³, rares sont ceux proposant

¹ J. HAUSER, *Des incapables aux personnes vulnérables*, in *Droit de la famille*, mai 2007, p. 5; *adde*, *Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable*, in *RLDC*, 83, juin 2011; L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, 2004, p. 653.

² N. ZIMMERMANN, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Zürich, 2022, p. 728; C. BOITEUX-PICHERAL, *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme*, Limal (Belgique), 2019, p. 230.

³ M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 602; A. BOUJEKA, M. ROCCATI (dir.), *La vulnérabilité en droit international, européen et comparé*, Nanterre, 2022, p. 472.

une analyse des vulnérabilités numériques⁴. Pourtant, un certain nombre de situations en lien avec la «révolution numérique», c'est-à-dire la généralisation des outils numériques dans la vie quotidienne⁵, s'apparentent à des formes de vulnérabilité.

Précisons dès à présent que le terme de «vulnérabilité numérique» ne doit pas être entendu comme un synonyme de vulnérabilité des systèmes d'information pouvant faire l'objet de cyberattaques. Les vulnérabilités numériques (car plurielles) renvoient bel et bien ici aux fragilités de l'être humain face aux nouvelles technologies. Que l'on pense aux risques que crée la révolution numérique pour les droits et libertés fondamentaux: liberté d'expression (avec, par exemple, l'interdiction de TikTok en Nouvelle-Calédonie); vie privée (comme en témoigne l'affaire Snowden); principe d'égalité (du fait notamment des risques de discriminations algorithmiques) ou encore liberté – autonomie (du fait de l'accroissement de la surveillance), *etc.* De ce point de vue, le phénomène numérique est un facteur d'aggravation des risques pesant sur les individus.

Cette aggravation des risques trouve une particulière illustration dans de nouvelles formes d'exclusions, aussi appelées «fractures numériques». Bien que ces dernières entendent décrire un phénomène plus large touchant aux inégalités d'accès aux outils numériques, la politique de dématérialisation des services publics, au demeurant bien entamée en France, contribue à restreindre ou à priver certaines personnes déjà vulnérables de l'accès aux droits. En effet, le numérique est aujourd'hui un moyen au service d'autres fins: travailler, s'exprimer, s'informer, réaliser une déclaration en ligne, *etc.* En dehors des risques de discriminations liés à l'exclusion, il convient en outre de souligner que les rapports entre les individus et les plateformes sont *de facto* inégalitaires. Du fait de la puissance économique des entreprises du numérique et du caractère désormais incontournable des nouvelles technologies, les utilisateurs se trouvent fréquemment placés dans une situation d'asservis-

⁴ Voir néanmoins: H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (eds.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, 2018, p. 626.

⁵ A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Leçon inaugurale au Collège de France, Paris, 2013, p. 23.

sement. À titre d'illustration, ils sont contraints d'adhérer à toutes les conditions d'un site ou d'un réseau social pour pouvoir y accéder.

De ces différents cas de figure, découlent certaines formes de vulnérabilités et, par conséquent, un besoin de protection juridique de l'être humain dans son milieu numérique. Néanmoins, l'analyse de ces différentes situations sous l'angle de la vulnérabilité se heurte au moins à deux obstacles principaux. Le premier concerne la possibilité même d'une étude relative aux vulnérabilités numériques: dans la mesure où chaque utilisateur est susceptible d'être vulnérable face aux nouvelles technologies, pourquoi s'intéresser à l'existence de vulnérabilités particulières? La vulnérabilité générale n'exclut-elle pas dans ce cas la vulnérabilité particulière, car si «tout le monde est spécialement vulnérable alors plus personne ne l'est spécifiquement»⁶? Le second obstacle a trait à l'apport – assez peu évident – d'une analyse de ces situations d'inégalités sous le prisme de la vulnérabilité. Les droits et libertés fondamentaux existants ne suffisent-ils pas à protéger les intérêts des utilisateurs des outils numériques?

Sur le premier point, la généralisation des risques ne doit pas conduire à sous-estimer l'intérêt d'une analyse de vulnérabilités particulières. L'augmentation du nombre de personnes vulnérables (à savoir les utilisateurs des nouvelles technologies) ne saurait justifier la disqualification du concept de vulnérabilités numériques, en particulier dans nos sociétés largement tournées vers le risque⁷. Pour le dire autrement, la multiplication des risques n'exclut pas pour autant leurs spécificités. D'ailleurs, le concept même de vulnérabilité a à plusieurs reprises démontré qu'il était suffisamment englobant et fédérateur⁸.

⁶ J.-Y. CARLIER, *Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 79, 2, 2017, p. 188.

⁷ D. LE BRETON, *Sociologie du risque*, Paris, 2017, p. 128.

⁸ L. AZOULAI, *Sensible droit*, in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, 2014, p. 231. Le terme de «vulnérabilité» a d'ailleurs remplacé celui d'incapacité qui prévalait dans le code civil français de 1804 (voir la LOI n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O.R.F. n°56 du 7 mars 2007, Texte n°12). Sous l'influence du droit international et de la jurisprudence, la vulnérabilité renvoie désormais plus largement à l'exercice des droits et libertés par les individus. Voir: A. BOUJEKA, *Introduction*, in A. BOUJEKA,

L'individualisme et le besoin toujours plus grand de sécurité participent à la montée en puissance de l'idée de vulnérabilité qui constitue désormais une clef de compréhension d'un certain nombre de règles de droit. Le risque est d'ailleurs l'un des critères d'identification de la vulnérabilité qui se caractérise à la fois par la faiblesse particulière de la personne ou du groupe et par le risque pesant sur elle⁹. Dans ce cadre, les vulnérabilités numériques apparaissent comme un type de vulnérabilité parmi d'autres, en ce qu'elles sont la conséquence de risques spécifiques.

Sur le second point, il faut se rendre à l'évidence que le droit tout entier repose, d'une certaine manière, sur l'idée de vulnérabilité¹⁰. Si l'on se fie à Aristote, la vulnérabilité est en effet une caractéristique de tous les êtres humains et, par extension, à l'origine de l'adoption des règles visant à protéger ces êtres humains¹¹. Mais ces règles de droit peuvent être plus ou moins adaptées à une situation spécifique. À ce titre, l'identification d'une vulnérabilité, peu importe sa nature, emporte l'application d'un régime juridique approprié¹². De la même façon, et c'est tout l'intérêt du phénomène, l'identification de vulnérabilités numériques justifie l'adoption de règles particulières de protection. En d'autres termes, une analyse sous le prisme de la vulnérabilité a non

M. ROCCATI (dir.), *La vulnérabilité en droit international, européen et comparé*, cit. Voir également: X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2009, p. 57.

⁹ Voir: M. BLONDEL, *op. cit.* Selon l'auteure «le risque constitue un double élément de définition de la notion de personne vulnérable. Il est d'abord un élément conceptuel de définition, en ce qu'il représente une idée générale et abstraite au fondement de la prise en considération juridique de la vulnérabilité de la personne» (p. 29), et ensuite un «élément matériel de définition» dans la mesure où «pour être qualifiée de personne vulnérable en droit international, la personne doit être vulnérable à un risque spécifique» (p. 106).

¹⁰ F. COHET (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, 2000, p. 336.

¹¹ M. NUSSBAUM, *Aristote et la fragilité de la bonté*, in *Bulletin de la société française de philosophie*, 81, 4, 117, 1987. Le mot «vulnérabilité» étant construit à partir du mot latin «vulnus» qui désigne une plaie, une blessure, la vulnérabilité peut donc communément être définie comme la possibilité d'être blessé.

¹² N. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 4.

seulement pour avantage d'introduire de la morale dans un domaine largement dominé par les intérêts économiques, mais aussi de susciter des réflexions sur le meilleur régime juridique à adopter pour protéger les utilisateurs du numérique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il existe un droit des vulnérabilités, ni *a fortiori* un droit des vulnérabilités numériques. Tout au plus, il est possible d'identifier des règles juridiques particulières visant à répondre à certains types de vulnérabilité¹³. Dans le domaine des nouvelles technologies, certaines règles visent à la fois à prévenir les risques pesant sur les individus et à y remédier une fois le risque réalisé. Il en va ainsi de la Convention n°108 du Conseil de l'Europe adoptée le 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés des données à caractère personnel. C'est en effet à partir des années 1970 que les autorités normatives ont tenté de mettre à distance les dangers des nouvelles technologies, participant à un changement de paradigme en la matière.

Ces quelques lignes permettent de percevoir l'intérêt d'une analyse des vulnérabilités numériques et des protections juridiques qui leur sont attachées. Dans un premier temps, il s'agira d'identifier plus précisément ce que recouvre le concept de «vulnérabilités numériques». S'agit-il de nouvelles formes de vulnérabilités ou sont-elles des prolongements d'inégalités existantes? Sur ce point, les situations de vulnérabilités numériques apparaissent (plus ou moins) spécifiques (1.1.). Dans un second temps, il s'agira de s'intéresser aux règles applicables aux situations de vulnérabilités numériques. L'émergence de ces dernières a logiquement conduit à l'adoption de règles de protection. Elles visent la plupart du temps à lutter contre les situations d'exclusion en lien avec le numérique ou à renforcer l'autonomie des personnes. Mais une nou-

¹³ C. BOURDAIRE-MIGNOT, T. GRÜNDLER, *Existe-t-il des droits et des principes fondamentaux propres aux personnes vulnérables?*, in A. BOUJEKA, M. ROCCATI (dir.), *op. cit.*, pp. 143-153. Il en va ainsi des traités internationaux visant à protéger les enfants (Convention relative aux droits de l'enfant) ou encore des dispositions visant à protéger les personnes âgées (Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples qui prévoit que «les personnes âgées ou handicapées ont également le droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques et moraux» (art. 18 (4) de la Charte).

velle fois, ces réponses juridiques apparaissent (plus ou moins) adaptées (1.2.).

1. L'identification de vulnérabilités (plus ou moins) spécifiques

De nombreux cas peuvent être lus comme des situations de vulnérabilités numériques sans pour autant que le droit s'y réfère explicitement. Elles trouvent des origines parfois intrinsèques aux individus (c'est-à-dire étroitement liées à une personne donnée) ou extrinsèques à eux (donc résultant de facteurs extérieurs). Si la distinction entre vulnérabilité intrinsèque et extrinsèque, bien connue dans la littérature juridique, est intéressante pour aborder la question des vulnérabilités numériques, l'on préférera l'envisager sous l'angle de la reproduction d'inégalités antérieures ou de la production de nouvelles inégalités. Ainsi, les vulnérabilités numériques sont la plupart du temps des reproductions de vulnérabilités existantes (A). Mais de façon plus originale, le numérique peut aussi être à l'origine de nouvelles formes de vulnérabilités (B).

1.1. La reproduction de vulnérabilités existantes

Selon l'Insee, en 2021, 15% de la population française de plus de 15 ans était victime d'illectronisme¹⁴. Sans se référer à la notion même de vulnérabilité, nombreux sont les travaux et rapports dénonçant les inégalités d'accès aux technologies numériques, aussi désignées par l'expression «fracture numérique» (ou *digital divide*). La notion de fracture numérique est ainsi utilisée à la fois pour décrire le fossé entre pays industrialisés et pays en développement¹⁵, les inégalités entre régions au

¹⁴ INSEE PREMIERE, n°1953, paru le: 22.06. 2023, <https://www.insee.fr/fr/statistiques/7633654>.

¹⁵ S. WATTIER, M. NIHOUL, *La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des libertés publiques dans l'environnement numérique*, in H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (eds.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, cit., pp. 9-29.

sein d'un même pays¹⁶ ou encore les inégalités entre individus eux-mêmes dans l'accès aux nouvelles technologies¹⁷. Dès lors, de la même façon qu'il existe plusieurs types de vulnérabilités, il n'existe pas une, mais des fractures numériques.

Les disparités entre nations tendent petit à petit à s'estomper du fait de la mondialisation. En revanche, celles entre milieu rural et milieu urbain sont toujours importantes. Les zones rurales accusent un retard significatif du fait de l'inégale desserte du territoire national par le réseau Internet¹⁸. Il existe encore aujourd'hui des zones blanches où le débit Internet est trop faible pour réaliser des démarches en ligne¹⁹. La plupart des États se sont néanmoins engagés à réduire la fracture sur leur territoire à l'instar de la France et de son Programme action publique 2022 lancé en 2017. L'objectif (non atteint) était d'arriver aux 100% de services publics dématérialisés à l'horizon 2022 en s'appuyant notamment sur l'action des collectivités territoriales²⁰. Dans la mesure où l'administration numérique représente aujourd'hui le premier canal d'accès aux services publics, le Gouvernement souhaite réduire les inégalités d'accès matériel aux nouvelles technologies.

Outre les inégalités territoriales, il existe des inégalités de nature sociale pouvant tout à la fois être liées au manque de moyens matériels des individus²¹ ou à leurs lacunes cognitives²². Dans ce cas de figure, la

¹⁶ A. RALLET, F. ROCHELANDET, *La fracture numérique: une faille sans fondement?*, in *Réseaux*, 127-128, 5-6, 2004, pp. 19-54; FRANCE STRATEGIE, *Infrastructures numériques et aménagement du territoire. Impacts économiques et sociaux du Plan France Très Haut Débit*, Janvier 2023, p. 71.

¹⁷ Voir entre autres: J. DE HAAN, *A multifaced dynamic model of the digital divide*, in *IT& Society*, 1, 7, Summer 2004, pp. 66-88.

¹⁸ AGENCE NATIONALE DE LA COHESION DES TERRITOIRES, Rapport 2022: *La société numérique*, mené par le Cread - Centre de recherche sur l'éducation, les apprentissages et la didactique des universités Rennes 2 et de Bretagne Occidentale – et le Credoc – Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie.

¹⁹ Voir: ARCEP, *Grand dossier - La couverture mobile en métropole*, <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-reseaux-mobiles/la-couverture-mobile-en-metropole/la-couverture-des-zones-peu-denses.html>.

²⁰ J. CHEVALLIER, *Vers l'État-plateforme?*, in *Revue française d'administration publique*, 2018, pp. 627-637.

²¹ C. FIEVET, *Risques et opportunités de l'utilisation du numérique pour la protection des plus pauvres*, in H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (eds.), *Vulnérabilités et droits dans*

fracture numérique est la conséquence de disparités économiques et sociales, touchant à l'insuffisance de ressources, la perte d'autonomie liée à la vieillesse, la mauvaise maîtrise de la langue ou encore le manque de compréhension des outils technologiques. Autrement dit, les vulnérabilités numériques sont ici avant tout liées à un état de vulnérabilité antérieur à l'atteinte subie et sont par conséquent des reproductions d'inégalités existantes.

Néanmoins, le fossé entre les individus ayant accès aux outils numérique (*haves*) et ceux qui n'y ont pas accès (*have-not*) ne doit pas seulement être analysé comme une simple reproduction de tendances qui existaient déjà. La révolution numérique conduit en effet aussi et surtout à aggraver des vulnérabilités préalables. Trois exemples sont à ce titre parlant.

Le premier concerne ce qu'il convient de nommer la «fracture numérique au second degré»²³, aussi qualifiée de «fracture qualitative»²⁴. Nombre de recherches en sciences sociales démontrent que l'exclusion numérique est avant tout une histoire de compétences et d'usages des outils technologiques, variant d'une personne à l'autre²⁵. Alors que certains utilisateurs en auront un usage effectif afin par exemple de trouver une information, d'autres ne sauraient quel chemin emprunter en raison de certaines lacunes cognitives, mentales ou culturelles. La difficulté réside dans les conséquences de ces écarts d'usage: puisqu'un grand nombre de tâches courantes s'effectuent grâce au numérique, chacun est tenu de s'approprier pleinement ces outils afin de ne pas faire l'objet de discriminations en termes d'accès aux droits. Pour le dire autrement,

l'environnement numérique, cit., pp. 519-550; M. WARSCHAUER, *Technology and social inclusion. Rethinking the digital divide*, Boston, 2003.

²² P. VENDRAMIN, G. VALENDUC, *Fractures numériques, inégalités sociales et processus d'appropriation des innovations*, in *Terminal*, 95-96, 2006, pp. 137-154.

²³ P. BROTCORNE, G. VALENDUC, *Les compétences numériques et les inégalités dans les usages de l'internet. Comment réduire ces inégalités?*, in *Les Cahiers du numérique*, 5, 1, 2009, pp. 45-68.

²⁴ H. OBERDORFF, *La démocratie à l'ère numérique*, Grenoble, 2010, p. 206.

²⁵ P. BROTCORNE, G. VALENDUC, *Les compétences numériques et les inégalités dans les usages de l'internet. Comment réduire ces inégalités?*, cit. Selon les auteurs, il existe trois niveaux de compétences numériques: les compétences instrumentales, structurelles (ou informationnelles) et stratégiques.

la révolution numérique suppose – voire impose – l'apprentissage d'un nouveau langage, y compris et surtout pour des personnes déjà en position de vulnérabilité (en raison, par exemple, de leur âge avancé). Or, l'on sait que les innovations numériques produisent chaque jour de nouveaux possibles qui rendent obsolètes ceux qui existaient auparavant, produisant un mouvement infini et incoercible²⁶.

Le deuxième exemple concerne non plus simplement les usages des outils numériques, mais la possibilité même de l'usage. Les personnes en situation de handicap se verront parfois restreindre l'accès à Internet du fait de certaines conditions d'accessibilité comme l'authentification CAPTCHA avant ou à la fin d'une procédure. De façon paradoxale, des individus éprouvant déjà des difficultés dans la vie quotidienne se verront placés dans une situation encore plus complexe²⁷. Les étrangers se verront quant à eux obligés de réaliser leurs démarches en ligne, quand bien même ils ne maîtriseraient pas la langue du pays, a fortiori depuis la dématérialisation définitive de certaines procédures en France²⁸. L'absence d'autonomie numérique justifiera alors une différence de traitement.

Le troisième et dernier exemple (et non des moindres) concerne les risques de biais discriminatoires des outils algorithmiques alors même que les intelligences artificielles sont censées anéantir ces risques²⁹. Précisons que ces outils sont conçus et créés par des personnes qui sont elles-mêmes susceptibles d'avoir certaines idées préconçues. Surtout, en automatisant la résolution d'un problème en indiquant quelle zone à patrouiller, quelle décision prendre, quels visages identifier, ils contribuent à stigmatiser certains groupes ou individus déjà en position de

²⁶ J.W.N. SULLIVAN, *The Limitations of Sciences*, New York, 1959, p. 353.

²⁷ P. BROTCORNE, *L'effectivité des libertés fondamentales des personnes vulnérables à l'épreuve du numérique*, in H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (eds.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, cit., pp. 31-47.

²⁸ Les procédures d'obtention des titres de séjour sont par exemple désormais entièrement dématérialisées et ce, sans autre alternative possible. Cette dématérialisation a été confirmée par le Conseil d'État dans un arrêt du 3 juin 2022.

²⁹ T. DOUVILLE, C. HERVOCHON, E. NOËL, Y. PAQUIER, *Les vulnérabilités numériques*, in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 18, 2020, p. 111.

vulnérabilité³⁰. L'on mesure toute l'ampleur du phénomène après avoir observé la réglementation applicable à l'occasion des Jeux olympiques à Paris au cours de l'été 2024. Cet événement justifie de la part des pouvoirs publics le traitement algorithmique des images de vidéosurveillance et ce à titre expérimental jusqu'au 31 mars 2025³¹. Outre les risques d'entraves aux droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée ou encore la liberté de manifestation, ces outils sont conçus de façon à repérer un comportement dangereux ou une situation anormale, ce qui donnera sans aucun doute lieu à des erreurs d'analyse renforçant la vulnérabilité de certaines personnes se trouvant dans l'espace public. Pour toutes ces raisons, le Défenseur des droits appelle à «replacer le principe de non-discrimination au cœur de tout projet sur l'IA»³².

De ce qui précède, il apparaît que les situations de vulnérabilités numériques ne peuvent être définies comme de simples prolongements d'inégalités sociales et économiques existantes. *A minima*, elles renforcent des risques pesant déjà sur les individus. Par ailleurs, de façon significative, le phénomène numérique participe à l'émergence de nouvelles vulnérabilités.

1.2. La production de nouvelles vulnérabilités

L'idée selon laquelle les vulnérabilités numériques ne sont que des conséquences d'inégalités sociales et économiques préalables semble devoir être relativisée. Pour ce faire, intéressons-nous à l'une des con-

³⁰ Voir notamment le premier outil d'apprentissage de ce type qui a été mis en œuvre aux États-Unis, PredPol, censé désigner par la couleur rouge les quartiers dans lesquels les crimes et délits étaient les plus susceptibles de se produire. L'outil fut par la suite abandonné en raison des risques de biais discriminatoires de l'algorithme. Pour une analyse plus détaillée, voir: M. CORTEEL, *Prospecter et punir: étude critique des logiciels Blue Crush et PredPol*, in *Revue de l'école doctorale Sciences des Sociétés* ED 624, 2015.

³¹ LOI n°2023-380 du 19 mai 2023 *relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 et portant diverses autres dispositions*, J.O.R.F. n°0116 du 20 mai 2023, Texte n°3.

³² DEFENSEUR DES DROITS, *Intelligence artificielle: la Défenseure des droits appelle à garantir le droit de la non-discrimination dans les discussions européennes*, Communiqué de presse, 28 septembre 2023.

séquences de la révolution numérique, bien qu'elle ne soit pas la seule, à savoir la dématérialisation des services publics. L'intégration des outils numériques dans les relations entre le public et l'administration comporte à l'évidence des avantages. Du côté de l'administration, les outils numériques sont envisagés comme des moyens d'amélioration de la qualité des services publics et de réduction des coûts humains et financiers. La numérisation des services administratifs est en d'autres termes l'une des voies de la modernisation de l'action publique. Du côté des usagers, les outils numériques sont pour beaucoup un gain de temps et d'amélioration des démarches administratives³³. Cependant, en exigeant que ces dernières soient effectuées en ligne, les politiques de transition numérique créent une condition supplémentaire d'accès aux droits et, par ricochet, une nouvelle forme de vulnérabilité. L'accès au numérique est désormais un moyen au service d'autres fins (travailler, s'exprimer, s'informer, accéder aux services publics), ce qui exclut *de facto* les individus volontairement ou involontairement éloignés du numérique. L'utilisation des nouvelles technologies et leur maîtrise n'est plus simplement une possibilité parmi d'autres, mais souvent la seule possibilité pour les usagers comme l'illustre l'Administration numérique pour les étrangers en France³⁴. Or, c'est précisément ce caractère incontournable des outils numériques qui est à l'origine de nouvelles vulnérabilités numériques. Certes, cette nouvelle forme de vulnérabilité est moins liée aux technologies elles-mêmes qu'à la politique publique de dématérialisation, mais il n'empêche que l'idée selon laquelle tout ce qui est techniquement possible doit être réalisé, aussi appelée loi de Gabor (du nom du physicien Dennis Gabor), est pour une grande part responsable de nouvelles inégalités, comme l'avait très justement prédit Jacques Ellul³⁵. La société technicienne et la philosophie qui l'accompagne entraînent en effet selon l'auteur une perte considérable

³³ Pour un exemple, voir le principe «Dites-le nous une fois» qui est censé alléger considérablement les démarches administratives: <https://www.numerique.gouv.fr/actualites/simplification-des-demarches-administratives-dites-le-nous-une-fois-passe-a-la-vitesse-superieure/>.

³⁴ P. BROTCORNE, *L'effectivité des libertés fondamentales des personnes vulnérables à l'épreuve du numérique*, cit.

³⁵ J. ELLUL, *Le système technicien*, Paris, 1977.

de liberté pour l'homme, car la liberté ne consiste plus à faire le choix entre l'utilisation de la technique et le fait de s'en passer³⁶. C'est la raison pour laquelle à l'heure actuelle, en l'état des évolutions techniques et du «tout numérique», le Défenseur des droits préconise des alternatives systématiques aux procédures en ligne³⁷.

Outre cette «conditionnalité numérique» dans l'accès aux droits³⁸, peut être identifiée une autre forme de vulnérabilité concernant cette fois-ci non plus les relations entre les citoyens et l'administration, mais celles entre les individus et les plateformes. Face à la puissance économique de ces dernières, les utilisateurs sont en effet placés dans une relation déséquilibrée et donc potentiellement dans une situation de vulnérabilité. À titre d'illustration, les utilisateurs sont contraints d'adhérer à toutes les conditions posées par un site ou un réseau social pour pouvoir y accéder. Il en découle une altération de leur adhésion personnelle et donc du principe même du consentement, ce qui n'est pas sans lien avec le concept de vulnérabilité se caractérisant avant tout comme l'état d'une personne qui ne peut «jouir de l'autonomie suffisante pour exercer ses droits fondamentaux»³⁹. Dans ce cas de figure, l'utilisation du numérique fait entrer un individu au départ non vulnérable dans une situation de vulnérabilité, car contraint d'accepter un contrat auquel il n'adhère pas réellement⁴⁰.

Les risques pesant sur les individus se trouvent démultipliés lorsque l'on songe à la place que les plateformes ont acquise dans la gestion d'un service public. La numérisation de l'administration et des services

³⁶ J. ELLUL, *Le bluff technologique*, Paris, 1988, p. 581, p. 595.

³⁷ DEFENSEUR DES DROITS, *Rapport Dématérialisation des services publics: trois ans après, où en est-on?*, 2022, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/2023-07/ddd_rapport_dematerialisation-2022_20220307.pdf.

³⁸ OBSERVATOIRE DE L'ÉTHIQUE PUBLIQUE, *Livre blanc La digitalisation du service public. Pour une éthique numérique inclusive*, 2021, https://www.fondationdenice.org/pdf/2021/livre_blanc_Inclusion_num%C3%A9rique_2021.pdf.

³⁹ D. ROMAN, *Vulnérabilité et droits fondamentaux – Rapport de synthèse*, in RDLF, chron. n°19, 2019 <https://revue.dlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-rapport-de-synthese/>.

⁴⁰ M. BERNELIN, *Tous vulnérables? La vulnérabilité au prisme des nouvelles technologies en santé – Étude en droit français et en droit européen*, in A. BOUJEKA, M. ROCCATI (dir.), *op. cit.*

publics consiste en effet pour les pouvoirs publics à collaborer étroitement avec des entreprises privées dans le domaine de la voirie, du logement ou encore de la santé. Cependant, ces entreprises poursuivent non pas un objectif d'intérêt général, mais celui d'une recherche du plus grand profit. Leurs intérêts économiques sont ainsi susceptibles de menacer les droits individuels des citoyens. Ces derniers voient leurs données personnelles traitées par des personnes privées sans avoir la possibilité de contrôler les informations qui les concernent, ou alors en déposant une requête... devant des organes internes à l'entreprise⁴¹! La mise en place d'un Conseil de surveillance (*Oversight Board*) par Meta, censé examiner les demandes d'appel des utilisateurs du réseau social, traduit non seulement une volonté de l'entreprise d'améliorer son mode de fonctionnement, mais aussi et surtout une forme de privatisation de la protection des droits et libertés fondamentaux⁴².

À ce stade, il semble possible de réaliser deux observations. La première est qu'il existe différents types de vulnérabilités numériques. Certaines ne sont pas différentes des inégalités déjà présentes dans une société. D'autres ne sont pas nécessairement liées à une situation de vulnérabilité préalable. Autrement dit, non seulement la révolution numérique invite à envisager de nouvelles formes de vulnérabilités comme la vulnérabilité numérique, mais en plus, les vulnérabilités dans l'environnement numérique sont plurielles⁴³.

La seconde observation est que les situations de vulnérabilité numérique décrites précédemment jettent un doute sur l'utilité d'un tel concept dans le domaine juridique. Faut-il nécessairement mettre un mot sur ces situations? En quoi envisager les violations de droits fondamentaux dans l'environnement numérique sous l'angle de la vulnérabilité apporterait-il quelque chose à la protection des individus? Sur ce point, il convient d'admettre que le concept de vulnérabilité numérique traduit une évolution des mentalités en ce qui concerne le droit applicable aux

⁴¹ V. NDIOR, *Le Conseil de surveillance de Facebook, «service après-vente» de la liberté d'expression?*, in D., 2020, 1474.

⁴² L.R. HELFER, M.K. LAND, *The Facebook Oversight Board's Human Rights Future*, in *Duke Law School Public Law and Legal Theory Series*, 47, 2022, p. 2233.

⁴³ Voir: H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (dir.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, cit.

plateformes⁴⁴. Qualifier des personnes de «vulnérables» permet *a minima* de mettre en exergue les dangers pesant sur elles. Mais ce n'est pas tout, puisque l'identification de situations de vulnérabilité entraîne en principe des conséquences juridiques. L'idée est que le développement de dispositifs de lutte contre les situations de vulnérabilités numériques permettra, à terme, de mieux garantir les droits fondamentaux des utilisateurs. Mais une nouvelle fois, notre analyse nous obligera à emprunter le chemin de la nuance. Car si l'identification de situations de vulnérabilité a contribué à l'émergence de nouveaux droits fondamentaux, elle n'a pas pour autant permis une protection plus concrète des personnes vulnérables.

2. *L'émergence de réponses juridiques (plus ou moins) adaptées*

L'identification de situations de vulnérabilité numérique a logiquement conduit à l'adoption de règles de protection. À y regarder de près, ces règles sont multiples et proviennent de différents échelons normatifs. De ce fait, seront principalement exposés les droits consacrés au profit des personnes vulnérables face à l'environnement numérique (2.1.). Ces avancées s'accompagnent pourtant de limites considérables qu'il convient de souligner (2.2.).

2.1. *Les avancées*

C'est tout naturellement sur le terrain de la prévention et de la protection que les autorités normatives ont décidé d'agir pour lutter contre les vulnérabilités numériques. Les dispositifs adoptés ces vingt dernières années visent ainsi à lutter contre les situations d'exclusion et à renforcer l'autonomie des personnes.

⁴⁴ En effet, l'idée qui prévalait dans les années 1990 et au début des années 2000 était de ne pas entraver l'activité économique des entreprises dans le domaine du numérique en favorisant notamment la libre circulation des données à caractère personnel. Les règles de droit adoptées plus récemment tentent quant à elles de trouver un équilibre entre protection des intérêts des entreprises et protection des droits fondamentaux des utilisateurs.

S'agissant de la lutte contre l'exclusion numérique, nombreuses sont les évolutions sur le plan interne et européen. La directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques entendait par exemple fournir un accès aux services numériques à un prix abordable⁴⁵. Depuis, cette directive a été remplacée par la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen⁴⁶. Ce dernier texte entend notamment garantir un accès adéquat et abordable à l'Internet haut débit au sein de l'Union.

Favoriser l'inclusion numérique est aussi l'un des objectifs poursuivis par le Parlement français, en particulier par la Loi pour une République numérique de 2016 s'étant positionnée en faveur du maintien de la connexion Internet, y compris en cas d'impayé⁴⁷. Par ailleurs, le programme des «conseillers numériques» lancé en 2021 par le gouvernement consiste à favoriser l'accompagnement de personnes en difficultés avec le numérique au sein notamment des espaces publics numériques.

La mise en place de ce type de dispositif est en réalité la conséquence d'un long processus initié par la jurisprudence. À travers certaines décisions rendues dans les années 2010 anticipant parfois le rôle et la place d'Internet dans notre société, les juges ont certainement contribué à faire évoluer le droit positif. Le Conseil constitutionnel est par exemple à l'origine de la consécration d'un droit d'accès à Internet dans sa décision *Hadopi* rendue le 10 juin 2009⁴⁸. Selon lui, le refus de l'accès des citoyens à Internet ne peut être une sanction puisque cet ac-

⁴⁵ UNION EUROPEENNE, *Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques* (directive «service universel») J.O. L 108/51 du 24.4.2002.

⁴⁶ UNION EUROPEENNE, *Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen*, J.O. L 321 du 17.12.2018.

⁴⁷ *Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, Article 108 modifiant l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles, J.O.R.F. n°0235 du 8 octobre 2016.

⁴⁸ Cons. const., *Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009*, cons. 12, J.O.R.F. n°0135 du 13 juin 2009, Texte n°3.

cès est le prolongement de la liberté d'expression protégée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le droit d'accès à Internet vise donc à protéger une faculté d'action dans un monde qui, déjà en 2009, dépendait étroitement des services de communication au public en ligne. Cette décision témoigne sans aucun doute de la prise de conscience, par le juge constitutionnel, du fossé existant entre ceux ayant accès à Internet et ceux qui n'y ont pas accès.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a également consacré un droit d'accès à Internet sur le fondement de la liberté d'expression protégée à l'article 10 de la Convention. Il est à noter que dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ce droit d'accès, de portée générale, vise en pratique certaines catégories de personnes vulnérables. Dans l'affaire *Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, il était question du blocage d'accès à un site Internet par la Turquie pour des motifs politiques⁴⁹. Afin de pallier les risques de censure et de persécution des dissidents au régime turc placés dans une situation de vulnérabilité, la Cour considère le blocage d'accès comme une ingérence dans le droit à la liberté d'expression engageant la responsabilité de l'État défendeur⁵⁰. C'est aussi en faveur de la protection des détenus que la Cour a confirmé l'existence d'un droit d'accès à Internet dans l'affaire *Kalda c. Estonie* en 2016⁵¹ ou encore dans l'affaire *Jankovskis c. Lituanie* du 17 janvier 2017⁵². Rappelons que pour la juridiction européenne, les détenus sont des personnes vulnérables qui doivent continuer de jouir de certains droits consacrés par la Convention⁵³.

S'agissant cette fois-ci de la recherche d'une plus grande autonomie des individus face aux outils numériques, les réponses juridiques sont tout aussi significatives. Nombreux sont les textes invitant à renforcer l'autonomie de certaines personnes vulnérables telles que les mineurs et les majeurs protégés. Le Règlement général sur la protection des données personnelles, adopté en 2016, indique par exemple dans son considérant 38 que

⁴⁹ C.E.D.H., *Ahmet Yildirim c. Turquie*, requête n°3111/10, 18 décembre 2012.

⁵⁰ *Ibidem*, § 53.

⁵¹ C.E.D.H., *Kalda c. Estonie*, requête n°17429/10, 19 janvier 2016.

⁵² C.E.D.H., *Jankovskis c. Lithuania*, requête n°21575/08, 7 janvier 2008.

⁵³ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume Uni*, requête n°74025/01, 6 octobre 2005.

les enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données personnelles.

Cette logique de protection de l'autonomie des personnes trouve une illustration majeure dans l'émergence d'un concept d'autodétermination informationnelle. Synonyme d'autonomie et de liberté, l'autodétermination renvoie au «fait de fixer par soi-même ses choix, ses actes»⁵⁴. L'idée n'est pas inconnue en droit. L'autodétermination renvoie notamment au «droit des peuples à disposer d'eux-mêmes» présent dans plusieurs conventions internationales⁵⁵ et à l'autodétermination personnelle reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Pretty*⁵⁶. Or, dans la mesure où les nouvelles technologies contribuent à une perte de maîtrise des options personnelles et donc à la naissance de nouvelles vulnérabilités, ce concept a fait l'objet d'une interprétation positive destinée à forcer la capacité de contrôle des individus sur leurs données personnelles⁵⁷. Il s'agit en d'autres termes de revaloriser la volonté du sujet de façon à assurer son libre arbitre et sa capacité de choix.

La Cour constitutionnelle allemande a été la première à consacrer un droit à l'autodétermination informationnelle à l'ère d'Internet dans un arrêt du 15 décembre 1983⁵⁸. Ce droit est ainsi défini comme «la possibilité de contrôle de ses propres informations personnelles, c'est-à-dire le droit des individus de déterminer quelles informations les concernant peuvent être communiquées à qui et à quelles fins»⁵⁹. On comprend

⁵⁴ C.N.R.T.L., entrée: *Autodétermination*, <https://www.cnrtl.fr/definition/autod%C3%A9termination>.

⁵⁵ ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE, *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, art. 22, 23, 24; NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, art. 1.

⁵⁶ C.E.D.H., *Pretty c/Royaume-Uni*, requête n°2346/02, 29 avril 2002, § 39.

⁵⁷ C.E., Rapport annuel du Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, 2014, p. 264 et s.

⁵⁸ COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE ALLEMANDE, *BVerfGE* 65, 1, *Volkszählung*, 15 décembre 1983.

⁵⁹ G. HORNING, C. SCHNABEL, *Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination*, in *Computer Law &*

alors que le droit à l'autodétermination informationnelle est une réponse à la situation de vulnérabilité dans laquelle sont placés tous les individus faisant l'objet de traitement de données. Plus largement encore, il s'agit de renforcer la capacité d'action des individus dans le monde numérique où le consentement n'est plus au cœur des relations contractuelles. Cette approche a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Satakunnan* de 2017 consacrant un droit d'autodétermination informationnelle⁶⁰. La même philosophie se trouve au fondement de la loi pour une République numérique de 2016 visant à améliorer la maîtrise des données par les individus ainsi que le contrôle des informations personnelles⁶¹.

Faut-il y voir un moyen définitif de mettre fin aux situations de vulnérabilités numériques? Rien n'est moins sûr. En réalité, la protection de la personne vulnérable par la consécration de nouveaux droits fondamentaux paraît pouvoir être nuancée à plusieurs égards.

2.2. Les limites

Les avancées précédemment décrites semblent pouvoir faire l'objet de deux critiques principales qui concernent à la fois les obligations découlant des droits fondamentaux consacrés et la portée qui leur est octroyée.

Le droit d'accès à Internet et le droit à l'autodétermination informationnelle ont été reconnus comme des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels. Néanmoins, si leur place dans la hiérarchie des normes constitue sans aucun doute une tentative pour mieux encadrer le pouvoir des plateformes, il reste qu'une telle consécration ne permet pas de garantir, dans les faits, la protection des personnes en

Security Review, 25, 1, décembre 2009, pp. 84-88. Traduit par C. DE TERWANGNE (*Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle*, in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives - approche comparée*, Bruxelles, 2015, p. 28).

⁶⁰ C.E.D.H., *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, Requête n°931/13, 27 juin 2017, § 137.

⁶¹ P. TÜRK, *Les droits émergents dans le monde numérique*, in *Politeia*, 2017, p. 260.

situation de vulnérabilité⁶². En effet, si la déclaration formelle de droits fondamentaux au niveau interne et international est indispensable, cette réponse est à elle seule insuffisante pour garantir l'égalité matérielle entre les individus. Afin de réduire l'écart entre les personnes en situation de vulnérabilité numérique et celles qui ne le sont pas, il semble nécessaire de renforcer l'effectivité des droits fondamentaux consacrés en les assortissant de mesures concrètes sur divers plans. Or, le droit d'accès à Internet et le droit à l'autodétermination informationnelle ont été reconnus par les jurisprudences précitées sous la forme de libertés négatives, c'est-à-dire d'obligation pour l'État de ne pas agir pour entraver l'exercice de ces libertés (ne pas bloquer l'accès à Internet par exemple), et non sous la forme de droits-créances imposant une obligation d'agir de l'État. Amender le catalogue des droits fondamentaux afin de l'adapter aux réalités contemporaines est un objectif louable, mais avant de songer à le compléter, encore faudrait-il donner aux droits existants une portée qui dépasse le cadre des libertés négatives. Face à l'inégalité matérielle des conditions de vie, le droit – s'il est envisagé comme un instrument de justice sociale et non comme un pur instrument du libéralisme économique – pourrait être en mesure de rééquilibrer la position des personnes vulnérables en prévoyant non pas le retrait de l'État, mais son implication effective, y compris dans le domaine numérique dominé par une logique de concurrence exacerbée⁶³.

En l'occurrence, le droit d'accès à Internet et le droit à l'autodétermination sont loin de prendre la forme de droits-créances. Ils ne supposent ni l'intervention de l'État, ni sa condamnation en cas d'inaction. Pourtant, une consécration du droit d'accès au numérique sous la forme de droit-créance ne serait pas des plus surprenantes dans la mesure où ce droit a d'abord et avant tout pour vocation de lutter contre la fracture numérique. Un tel droit permettrait alors de générer des obligations positives telles qu'un prix raisonnable pour l'accès à Internet ou encore le droit au maintien de la connexion Internet comme c'est déjà le cas en

⁶² P. BROTCORNE, *L'effectivité des libertés fondamentales des personnes vulnérables à l'épreuve du numérique*, cit.

⁶³ L. CORSO, *Vulnerabilità e concetto di diritto*, in L. CORSO, G. TALAMO (a cura di), *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Torino, 2019, p. 232.

Finlande⁶⁴. L'autorité publique n'est-elle pas la seule capable de réintégrer des individus dans une société dont ils sont exclus? Le droit à l'autodétermination informationnelle supposerait quant à lui de sanctionner les pouvoirs publics en cas d'inaction face aux plateformes ce qui, à ce jour, paraît impensable. Actuellement, nombreux sont les défenseurs d'un «laisser-faire» favorable à l'innovation, car seul le marché serait un gage de protection de l'autonomie individuelle. Comment alors contraindre les plateformes à agir dans un sens déterminé si les normes en vigueur s'inscrivent dans une croyance – à notre sens totalement faussée – selon laquelle la concurrence et le libre marché seraient synonymes de réduction des vulnérabilités⁶⁵?

Une telle idée semble en effet contestable, en particulier lorsque l'on sait que les droits et libertés des individus sont la plupart du temps relégués au second plan par les acteurs du monde numérique et par les pouvoirs publics. L'exemple de l'interdiction récente du réseau social TikTok par le Gouvernement français en Nouvelle-Calédonie est à ce titre parlant. C'est en se fondant sur l'existence de circonstances exceptionnelles que le blocage de l'accès fut prononcé. Néanmoins, une telle restriction ne paraît pas tout à fait compatible avec la logique des règles d'urgence. Comment prouver que le réseau social faisant l'objet d'une interdiction est à l'origine des troubles à l'ordre public? En étant fré-

⁶⁴ C'est pour réduire les inégalités que le législateur finlandais a fait en 2009 du droit d'accès à Internet un droit opposable en faisant de l'accès suffisant à Internet un «service universel». Les fournisseurs d'accès ont pour obligation de proposer aux citoyens finlandais une connexion minimum. ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique*, n°3119, 8 octobre 2015, p. 175. De même, dans les années 2000, le Parlement estonien a prévu la mise en place d'un «service universel» d'accès à Internet permettant un «service internet universellement accessible à tous les abonnés quelle que soit leur localisation géographique à un prix uniforme». REPUBLIQUE D'ESTONIE, *Loi du 9 février 2000 sur les télécommunications*, par. 5 al. 2, Estonia Riikogu Daatu, n°56, 2000.

⁶⁵ Sur ce point voir: F. LAFFAILLE, *Préface. Gratter le palimpseste des vulnérabilités. Droit et justice sociale*, in C. RUET (dir.), *Vulnérabilités et crise pandémique. Enjeux juridiques et éthiques*, Paris, 2023. Selon l'auteur, les politiques ultra-libérales mises en place ces dernières années participent à la montée de la vulnérabilité en réduisant l'agir de l'État.

quemment remis en cause par les pouvoirs publics, le droit d'accès au numérique semble lui-même souffrir d'une certaine forme de vulnérabilité⁶⁶.

En outre, sans même qu'il soit question de consacrer de véritables obligations positives à la charge de l'État, la portée octroyée à ces nouveaux droits par les juges apparaît elle-même limitée. S'il est tout d'abord permis de considérer que le droit d'accès au numérique a sa place dans la Constitution et non pas seulement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶⁷, il faut aussi souligner, à l'instar d'Élise Degrave, que seul le droit d'accès a été reconnu, sans même qu'il soit fait référence à un éventuel droit de ne pas utiliser Internet⁶⁸. Pourtant, dans un contexte où la fracture numérique n'est pas vouée à disparaître entièrement, le droit jurisprudentiel d'accès à Internet mériterait d'être complété par son versant négatif. Concrètement, il s'agirait de garantir une alternative au numérique telle que les guichets physiques et de mettre systématiquement en place un accompagnement des personnes en difficulté⁶⁹. Une telle interprétation extensive du droit d'accès au numérique serait d'ailleurs conforme à la position du Conseil de l'Europe qui, dans une résolution du 23 juin 2023, insiste sur les difficultés

⁶⁶ S. GRATALOU, *La vulnérabilité de la règle de droit*, in F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, 2000, pp. 33-46.

⁶⁷ Plusieurs Constitutions ont en effet été amendées pour intégrer un droit d'accès à Internet en leur sein, comme c'est le cas de la Constitution Grecque. Voir: Grèce, Constitution du 9 juin 1975 (révisée en 2008), article 5A: «Toutes les personnes ont le droit de participer à la société de l'information. L'État doit faciliter l'accès à l'information électronique, aussi bien que la production, l'échange et la diffusion des données, toujours dans le respect des garanties des articles 9, 9A et 19».

⁶⁸ E. DEGRAVE, *Opportunités et risques du numérique pour le citoyen usager des services publics*, in H. JACQUEMIN, M. NIHOUL (eds.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, cit., p. 232.

⁶⁹ En France, la proposition de loi du 4 avril 2023 «tendant à la réouverture des accueils physiques dans les services publics» est à ce titre révélatrice. Après avoir rappelé les grands principes du service public (continuité, égalité, adaptabilité), la proposition se prononce en faveur de la liberté de choix du citoyen qui ne peut être contraint d'utiliser la voie dématérialisée. Voir: ASSEMBLEE NATIONALE, *Exposé des motifs de la Proposition de loi tendant à la réouverture des accueils physiques dans les services publics*, n°1063, 4 avril 2023.

que posent les politiques de dématérialisation des services publics et aux conséquences qui en découlent en termes d'accès aux droits⁷⁰.

⁷⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, *Réduire la fracture numérique: promouvoir l'égalité d'accès aux technologies numériques*, Résolution 2510 (2023).

PARTE II

VULNERABILITÀ AMBIENTALE

INTRODUCTION HISTORIQUE À LA RÉDUCTION DE LA VULNÉRABILITÉ DES TERRITOIRES AUX RISQUES LITTORAUX

Frantz Mynard*

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. Vulnérabilité des territoires et droit des risques littoraux. La conquête au prix de l'aléa. 2.1. L'invention du territoire littoral «vulnérable». 2.2. Temps long et gestion des phénomènes d'érosion et de submersion. 3. De la réduction de l'aléa à l'absence d'alea. Fragilité socio-économique et manque de résilience. 3.1. La réduction de l'aléa par la résistance des riverains. 3.2. De la réduction de l'aléa à l'absence d'alea: peut-on encore parler de territoire vulnérable quand le risque est certain?

Résumé

La vulnérabilité des activités et installations humaines aux aléas naturels ou environnementaux constitue un phénomène significatif. Sous l'effet d'une littoralisation accrue, les paysages de bord de mer ont connu une mutation profonde et inédite au cours du XIX^{ème} siècle. Le risque littoral est toujours la conjonction entre un aléa naturel (souvent exceptionnel) et une vulnérabilité qui dépend fortement de la manière d'aménager le territoire. Toutefois, la réduction de la vulnérabilité des territoires aux risques littoraux est aujourd'hui bouleversée par le changement climatique. Peut-on toujours parler de territoire vulnérable dès lors que le risque est certain et que l'aléa disparaît? Cette évolution bouleverse la tradition juridique de la réduction de la vulnérabilité des territoires aux risques littoraux et ses solutions classiques.

Abstract

The susceptibility of human activities and facilities to natural or environmental hazards represents a significant phenomenon. As a consequence of the intensified development of coastal areas, coastal landscapes underwent substantial and unparalleled transformations during the nineteenth century. The risk associated with coastal areas is always the result of a combination of a natural hazard (which can be exceptional) and a vulnerability that is highly dependent on how the land is developed. However, the advent of climate change is disrupting efforts to reduce the vulnerability of territories to coastal hazards. This

* Maître de conférences (Nantes Université), Directeur-adjoint CDMO (UR 1165).

raises the question of whether a vulnerable territory can still be defined when the risk is certain and the hazard has disappeared. This development challenges the legal tradition of reducing the vulnerability of territories to coastal risks and its traditional solutions.

Riassunto

La vulnerabilità delle attività e degli impianti umani ai rischi naturali o ambientali è un fenomeno significativo. Con l'aumento dello sviluppo costiero, i paesaggi marini hanno subito cambiamenti profondi e senza precedenti nel corso del XIX secolo. Il rischio costiero è sempre la combinazione di un pericolo naturale (spesso eccezionale) e di una vulnerabilità che dipende in larga misura dal modo in cui un'area è stata sviluppata. Tuttavia, l'aumento della vulnerabilità delle aree ai rischi costieri è oggi amplificato dal cambiamento climatico. Si può ancora parlare di aree vulnerabili quando il rischio è certo e il pericolo scompare? Questo sviluppo mette in discussione la tradizionale concezione giuridica della riduzione della vulnerabilità dei territori ai rischi costieri e le relative soluzioni.

1. Introduction

«Vidi factas ex aequore terras»
(Ovide, *Métamorphoses*, XV, 263)

Dans *Le Territoire du vide, l'Occident et le désir de rivage, 1750-1850*, Alain Corbin rappelle combien les espaces littoraux ont pu être répulsifs dans l'imaginaire collectif¹. Jusqu'au début du XIX^{ème} siècle, les paysages de bord de mer offrent le spectacle d'un «paysage désertique, où l'installation humaine est généralement précaire»². En 1823, du côté d'Escoublac, à l'emplacement où se construira La Baule, il n'existe rien comme le souligne l'historien Johan Vincent. La description qu'en font les voyageurs de l'époque, tels Édouard Richer³ ou

¹ V. N. RICHARD, R. MORIEUX, A. CABANTOUS, J.-L. CHAPPEY, F. WALTER, *Mer et montagne dans la culture européenne (XVI^{ème}-XIX^{ème} siècle)*, Rennes, 2011.

² J. VINCENT, *De la répulsion à la spéculation*, in *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest*, 113-4, 2006, pp. 35-48.

³ E. RICHER, *Voyage pittoresque dans le département de la Loire-Inférieure*, Paris, 1974 [1^{re} éd. 1823], pp. 553-554: «De là, jusqu'au Pouliguen, et au village de Porni-

Hippolyte Etiennez, est celle du «désert avec son silence, sa solitude et sa stérilité»⁴ de là jusqu'au Pouliguen, et au village de Pornichet. Le littoral demeure un espace répulsif. Le bord de mer constitue un espace interstitiel en raison des fluctuations du trait de côte et parfois destructeur tant l'eau reste un élément difficile à maîtriser «susceptible»⁵, pour reprendre la formule de Bachelard⁶. Non encore fixés, ces espaces sont à peu près dénués de présence humaine permanente, et des marais et des étangs stagnent souvent à l'arrière. Propice aux maladies, le peu d'attrait qu'exerce cet environnement difficile, qui peut être envahi par les eaux l'éloigne de nos considérations contemporaines. Les conceptions du littoral sont étrangères à la notion de *vulnérabilité*, qui évalue dans quelle mesure un système socio-spatial risque d'être affecté par les effets d'un aléa. Au demeurant, le mot *vulnérabilité* n'apparaît ni dans la littérature juridique, ni dans les sources romaines, ni dans les sources modernes.

Apparu dans les pays de *Common Law* ou latino-américains⁷, le concept de *vulnerability* tend à se répandre à partir des années 1970. En France, l'utilisation du terme s'avère récurrente depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, en particulier les années 2000, où son emploi devient exponentiel⁸. Utilisé en premier lieu par les géographes, puis les sociologues, Sylvia Becerra propose un itinéraire intellectuel du «paradigme»: de la «vulnérabilité sociétale face aux aléas» des années 90, aux recherches «interrogeant les capacités sociales à faire

chet, la vue ne trouve partout que le même aspect: ce sont les sables et la mer, vous êtes là seul entre une plage déserte et des dunes abandonnées».

⁴ H. ETIENNEZ, *Guide du voyageur à Nantes et aux environs*, Nantes, 1858, 328 p.

⁵ Sur l'imagination matérielle de l'eau toujours en danger, v. G. BACHELARD, *L'Eau et les rêves*, Paris, 2003.

⁶ G. BACHELARD, *op. cit.*, 2003, chap. viii, *L'eau violente*, pp. 204-205.

⁷ Les universitaires américains ou latino-américains travaillent sur cette problématique depuis une trentaine d'années, v. S. BECERRA, *Vulnérabilité, risques et environnement: l'itinéraire chaotique d'un paradigme sociologique contemporain*, in *VertigO*, 12, 1, mai 2012, mis en ligne le 29 mai 2012, consulté le 31 octobre 2024.

⁸ V. «vulnérabilité» dans Gallicagram par B. AZOULAY, B. DE COURSON, <https://shiny.ens-paris-saclay.fr/app/gallicagram> (Gallicagram représente graphiquement l'évolution au cours du temps de la fréquence d'apparition d'un ou plusieurs syntagmes dans les corpus numérisés de Gallica).

face» (*coping capacities*) puis leur «déclinaison sectorielle ou systémique» dans les années 2000 à l'échelle territoriale et temporelle⁹. Au-delà de la capacité à faire face à un aléa naturel ou environnemental, et de s'en remettre¹⁰, la vulnérabilité s'analyse comme un processus affectant les trois dimensions sociale, économique et environnementale¹¹. En droit, François-Xavier Roux-Demare rappelle que le terme «vulnérabilité» est utilisé dans 129 articles de codes ainsi que dans cinq autres textes (deux arrêtés, deux décrets et une circulaire)¹². Depuis une dizaine d'années, les études philosophiques l'envisagent comme «un concept rigoureux de responsabilité susceptible de promouvoir une autre manière de penser le sujet et une autre organisation politique»¹³. En définitive, et pour citer Sylvia Becerra, la vulnérabilité doit être analysée comme un champ scientifique interdisciplinaire¹⁴ et «un processus évoluant sur trois échelles, piliers du développement durable: sociale, économique et environnementale»¹⁵.

La vulnérabilité des activités et installations humaines aux aléas naturels ou environnementaux constitue un phénomène significatif de ce qu'on nomme «société du risque»¹⁶ ou «société vulnérable» contempo-

⁹ S. BECERRA, *op. cit.*; S. BECERRA, A. PELTIER, *Risques et environnement: recherches interdisciplinaires sur la vulnérabilité des sociétés*, Paris, 2009.

¹⁰ B. WISNER, P. BLAICKIE, T. CANNON, I. DAVIS, *At Risk. Natural hazards, people's vulnerability and disasters*, New York, 1994/2004, p. 470; B. WISNER, *Self-assessment of coping capacity: participatory, proactive and qualitative engagement of communities in their own risk management*, in J. BIRKMANN, *Measuring vulnerability to natural hazards, toward disaster resilient societies*, UNU-EHS, pp. 316-328.

¹¹ J. BIRKMANN, *Measuring vulnerability to natural hazard*, New-Delhi, 2006, 527 p.

¹² F.-X. ROUX-DEMARE, *La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe*, in *Les Cahiers de la Justice*, 4, 4, 2019, pp. 619-630.

¹³ C. PELLUCHON, *Éléments pour une éthique de la vulnérabilité: les hommes, les animaux, la nature*, Paris, 2011; C. FLEURY, A.C. PREVOT-JULLIARD (dir.), *Le souci de la nature: apprendre, inventer, gouverner*, Paris, 2017.

¹⁴ S. BECERRA, A. PELTIER, *De la crise environnementale à l'affirmation du concept de vulnérabilité: la construction progressive d'un champ scientifique interdisciplinaire*, in F. RUDOLF, *Sociologie de l'environnement: état des savoirs*, Paris, 2011, Chapitre 5.

¹⁵ S. BECERRA, *op. cit.*

¹⁶ U. BECK, *La Société du risque; sur la voie d'une autre modernité*, Paris, 2001.

raines¹⁷. Toutefois, les problématiques littorales n'ont pas été envisagées sous cet angle à l'origine. Il est nécessaire de situer l'emploi des termes du point de vue historique. L'histoire du droit maritime et littoral s'est construite autour de la notion de *risques*. L'histoire des risques est étroitement liée à celle des catastrophes, mais elles ne se confondent pas. Dans l'ouvrage *Pour une histoire du risque*¹⁸, Stéphane Castonguay dénonce la «confusion sémantique entourant l'emploi de la notion de risque» et plusieurs d'entre elles, en particulier celles confondant risque et catastrophe, risque et danger ou encore risque et vulnérabilité. Il convient de distinguer l'ensemble. Le risque renvoie à la «probabilité d'occurrence d'un phénomène naturel et de dommages qui y sont associés» alors que le «danger» est «une menace qui ne porte pas nécessairement à conséquences»¹⁹. La géographie a particulièrement investi cette réflexion sur la naturalité du risque²⁰, comme la sociologie. Dans *Risk and Responsibility*, le sociologue Anthony Giddens a pu distinguer le «risque externe» (*external risk*) et le «risque manufacturé»²¹ (*manufactured risk*). Or cette approche, comme le souligne Stéphane Castonguay méconnaît «la dimension hybride de la catastrophe «naturelle», où s'entremêlent d'une façon complexe la nature (le phénomène brut) et la société»²². En effet, le risque littoral est toujours la conjonction entre un aléa naturel (souvent exceptionnel) et une vulnérabilité qui dépend fortement de la manière d'aménager le territoire. En réalité, la vulnérabilité de nos sociétés dépend tout autant de phénomènes climatiques que de l'histoire de l'aménagement littoral.

Effectivement l'histoire de l'aménagement littoral pose question. À partir du XIX^{ème} siècle, l'espace côtier sans contrainte laisse la place à des zones délimitées, impliquant l'ensemencement et la fixation des

¹⁷ J.-L. FABIANI, J. THEYS, *La société vulnérable. Évaluer et maîtriser les risques*, Paris, Presses de l'Ecole normale supérieure, 1987.

¹⁸ S. CASTONGUAY, *Risques, dangers et catastrophes naturelles*, in *Pour une histoire du risque*, Québec, France, Belgique, pp. 213-216.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 213-216.

²⁰ V. NOVEMBER, *Les territoires du risque*, Berne, 2022, pp. 149-214.

²¹ A. GIDDENS, *Risk and responsibility*, in *The Modern Law Review*, vol. 62, 1999, pp. 1-10. Il s'agit de la distinction entre «external risk» et «manufactured risk».

²² *Ibid.*

dunes²³. Le décret du 14 octobre 1810, dont le délai d'application s'étend tout le long du XIX^{ème} siècle, comme le souligne le doyen Pierre-Yannick Legal, suscite nombre de résistances, en particulier au sujet du pacage²⁴. L'historien Johan Vincent rappelle que le «bord de mer» se transforme progressivement en «front de mer»²⁵ à la suite de longues opérations²⁶. Le littoral se transforme entre le premier et le Second Empire. D'une zone floue et répulsive, le littoral devient une zone attractive. Des communes balnéaires naissent dans le sillage des fêtes impériales et du chemin de fer. D'un espace marginal et stérile, le front de mer devient un lieu d'habitation²⁷, et même parfois le lieu idéal d'habitation: Biarritz, Deauville, La Baule²⁸. L'État et les sociétés littorales ont fait en sorte que cet espace particulier soit intégré à la terre, en fixant les dunes, en cadastrant les parcelles. À partir de cette période se pose la potentielle vulnérabilité de ces territoires récemment conquis. La délimitation des plages, la parcellisation, la cadastralisation, la création de villes balnéaires avec vue sur la mer, la délimitation transversale des fleuves et de la mer annexent ces espaces à la terre, ce qui n'avait jamais été le cas²⁹. À partir du Second Empire, les submersions et inondations tout particulièrement, font l'objet d'une enquête menée à la suite des crues de 1856 par le secrétaire de l'historien Capefigue. Quelques années plus tard, Maurice Champion constitue une monogra-

²³ Décret du 14 décembre 1810.

²⁴ P.-Y. LEGAL, *La plantation de la forêt d'Olonne; Droit de propriété privée et contraintes d'utilité publique dans la première moitié du XIX^e siècle*, in *Recherches vendéennes*, 12, 2005, p. 313: «ce sont moins les éléments naturels qu'il fallut combattre, que les résistances des propriétaires et des usagers, en une période où le droit de propriété était mal assis».

²⁵ Le bord de mer devient le lieu où il faut s'implanter.

²⁶ À Escoubac, le comte de Sesmaisons obtient en 1818 la concession des 642 hectares de dunes pour trente ans, mais il ne parvient pas à lutter contre le sable et le vent. Il vend sa concession en 1834 et 1836 à divers entrepreneurs, qui ne réussissent pas plus, à partir des années 1840, à y implanter des champs de luzerne.

²⁷ Y. PERRET-GENTIL, A. LOTTIN, J.-P. POUSSOU, *Les villes balnéaires d'Europe occidentale, du 18^{ème} siècle à nos jours*, Paris, 2008.

²⁸ 2400 villas y sont apparues entre 1850 et 1900.

²⁹ F. MYNARD, *Une approche juridique de la notion d'estuaire: la délimitation transversale du fleuve et de la mer*, in *Mémoires de la Société d'Histoire et d'archéologie de Bretagne*, 2009, pp. 405-430.

phie à partir des archives et des documents administratifs, intitulée *Les inondations en France depuis le VI^e siècle jusqu'à nos jours*³⁰, en cinq tomes. Dans cette perspective, l'évolution de la vulnérabilité des territoires aux risques littoraux est coproduite par des aléas naturels et la dynamique historique de métamorphose de territoires littoraux urbanisés voire bétonnés en l'espace d'un siècle, sous l'effet d'une course à la mer que les géographes évoquent à travers la littoralisation³¹. Comme le rappelle Birkmann, l'estimation des défaillances et des impacts de catastrophes dans le passé pour observer la vulnérabilité présente s'avère essentielle pour mesurer la fragilité socio-économique et le manque de résilience³².

2. Vulnérabilité des territoires et droit des risques littoraux. La conquête au prix de l'aléa

Les écosystèmes littoraux sont à la jonction d'un enchevêtrement de vulnérabilités et de fragilités, à la fois environnementales sociales et économiques. Cet enchevêtrement de fragilités relève l'importance des phénomènes actuels d'érosion et de submersion mais également l'inscription de ces fragilités dans des vulnérabilités territoriales historiques.

³⁰ M. CHAMPION, *Les inondations en France depuis le VI^e siècle jusqu'à nos jours, Recherches et documents contenant les Relations contemporaines, les Actes administratifs, les Pièces officielles, etc. de toutes les époques; avec détail historique sur les quais, ponts, digues, chaussées, etc.; suivis d'un tableau synoptique par bassin de l'hydrographie générale de France; et d'un index bibliographique des ouvrages anciens et modernes traitant de la matière*, Paris, 1859.

³¹ Phénomène de concentration des populations et des activités sur les côtes: 865 communes en France ont un accès direct à la mer. Ces dernières ne couvrent qu'une superficie (cadastrale) de près de 20 950 km², soit 4% de la superficie totale de la France métropolitaine, notamment en Corse (42%), en Bretagne (18%) ou dans la région Provence Alpes Côte d'Azur (PACA 10%).

³² J. BIRKMANN, *Measuring vulnerability to natural hazards, toward disaster resilient societies*, UNU-EHS, pp. 316-328.

2.1. *L'invention du territoire littoral «vulnérable»*

La transformation anthropologique qui s'est opérée sur les côtes sur les cinquante dernières années provoque des phénomènes d'oubli, voire de déni, de la mémoire des vulnérabilités littorales. Des populations nouvelles se sont fixées³³. Or les fluctuations du trait de côte ou les assauts des submersions ne correspondent pas à celles de la mémoire sur la longue durée. L'actualité omet la vulnérabilité constitutive de certains espaces littoraux pour observer la fragilité présente.

La digue est perçue de nos jours comme un moyen de protection de la terre. Or elle a été pour l'essentiel un moyen de conquête sur la mer. Les techniques d'endiguement des zones humides ont métamorphosé le littoral européen. Dans les Pays Bas et en Flandre, des buttes artificielles sont construites (*terp* ou *terpen*), puis des canaux pour drainer l'eau hors de ces zones humides, puis des levées de terre argileuses sont construites pour constituer des digues sur le pourtour (*Golden Hoop*). Le «polder» ou «terre endiguée» en néerlandais apparaît dans une charte de 1219 qui concerne l'île de Walcheren³⁴. L'évolution des technologies³⁵ permet d'assécher plus rapidement les polders (en particulier les moulins à vent, que Braudel compare aux premiers «robots»)³⁶. Cette technique va se généraliser dans les Flandres et le nord de la France (wateringues) puis à toute la façade atlantique (à Nantes ou sur l'île de Noirmoutier, des ingénieurs hollandais étroitement liés aux armateurs vont venir travailler afin d'adapter ces techniques aux marais atlantiques). La politique systématique d'assèchement des marais littoraux ou fluviaux permet d'étendre les zones cultivables et effacer les zones «putrides», propices aux fièvres et aux épidémies. A l'aube du

³³ J. VINCENT, *L'intrusion balnéaire: les populations littorales bretonnes et vendéennes face au tourisme (1800-1945)*, Rennes, 2015.

³⁴ Charte de Middlebruy.

³⁵ Le plus vieux moulin à vent d'Europe a été construit en 1127 à Nordmolin en Flandre.

³⁶ F. BRAUDEL, *L'Identité de la France, Espace et Histoire*, Paris, coll. champs, 1997, 2, 1, Les hommes et les choses, pp. 144-147.

XVIII^{ème} siècle, dans son *Mémoire pour la navigation des rivières* (1699)³⁷, Vauban dresse l'inventaire ces espaces à conquérir:

Il y a beaucoup de marais qui se pourraient dessécher, notamment à l'embouchure des rivières, où il se fait beaucoup de laisses de la mer, qui sont ordinairement négligées parce qu'il y faut faire de la dépense aux embouchures des rivières. Dans le Côtentin, vers Carentan, Saint-Sauveur et Pont-l'Abbé, il y a de grands marais qui deviendraient d'excellents pâturages, s'ils n'étaient noyés comme ils sont [...] Plusieurs endroits le long de la côte de Picardie, Normandie et Bretagne, aux environs de l'embouchure de la Vilaine et de la Loire; idem le long de la côte du Poitou et de Saintonge, dans le pays de Médoc et des Landes; toute la côte maritime du Languedoc et plusieurs autres endroits dans le dedans du royaume dont on pourrait faire d'excellentes terres.

Les dessèchements des marais ou littoraux font l'objet d'une véritable politique³⁸. En 1739 par exemple, Cornil-Guislain Jacobs associé à Joly du Berceau obtient du Prince de Condé la concession de l'île de la Crosnière par un acte notarié du 25 avril 1766³⁹. Les travaux d'endigement commencent le premier avril 1767 et ont employé jusqu'à 1100 travailleurs. Ces travaux au bord des rivages ou à l'embouchure des rivières se heurtent aux populations attachées à leurs droits collectifs, à leur mode d'exploitation, aux ressources traditionnelles des marais.

Toutefois depuis les premiers traités sur les polders par l'hydrographe Jan Adriaanszoon Leeghwater (1575-1650), les enjeux juri-

³⁷ S.L.P. DE VAUBAN, *Mémoire pour la navigation des rivières*, in M. VIROL (éd.), *Les Oisivetés de monsieur de Vauban ou ramas de plusieurs mémoires de sa façon sur différents sujets*, Seyssel, Champ Vallon, coll. Les Classiques, 2007, p. 674.

³⁸ J. MOREAU-DAVID, *Les dessèchements des marais. Une politique économique agricole dans la France du XVIII^e siècle*, thèse droit, Paris II, 1977, X-p. 438. V. également pour le canal de Luçon, v. AN, F12 75, p. 109, 5 février 1728: «Demande des sirs Henry Gazeau, Bon de Champaigné, et Ambroise Richard, avocat au Parlement, demeurant à La Rochelle, tendant ce à qu'il leur soit permis de continuer le dessèchement des terrains situés entre les marais du petit Poitou, le canal de Luçon, le bourg de Champagné et la mer».

³⁹ F. VERGER, *Les rivages de la baie de Bourgneuf méridionale*, in *Recherches vendéennes*, 14, Centre vendéen de recherches historiques, Société d'émulation de la Vendée, 2007, p. 417.

diques liés à la poldérisation et à la dépoldérisation s'organisent autour d'une situation limite. Il s'agit de paysages conquis sur le littoral, on ne peut plus antinaturels et parfois en dessous du niveau de la mer. Ces espaces littoraux aménagés sont donc exposés depuis leur constitution à de forts aléas. L'inondation au XVI^{ème} siècle de l'île de Walcheren en Zélande, telle qu'analysée par Piet Peck dans son ouvrage sur le droit maritime en offre une illustration⁴⁰. A proximité du littoral, les archives modernes témoignent de catastrophes ou de submersions périodiques. En 1638, par exemple, sur la côte atlantique, une partie de l'île de Noirmoutier est inondée par un raz-de-marée, puis de nouveau en 1705, où l'île est coupée en deux, il faut des barques pour passer d'une maison à l'autre. L'île est présentée comme «sujette à plusieurs grandes ruines tant par submersion des sables, vimaires et inondations de la mer»⁴¹. Les habitants sont soumis aux volements de sables (dunes déplacées par les vents violents), les inondations par submersion aux froidures qui abiment les digues. Les ouvrages de défense du trait de côte sont le «produit de conceptions techniques ou politiques», qui témoignent de modifications majeures dans la «gestion de la nature littorale», de la modernité au XIX^{ème} siècle⁴².

2.2. Temps long et gestion des phénomènes d'érosion et de submersion

La construction des ouvrages de défense du trait de côte constitue la manifestation de l'intervention humaine sur ces espaces fragiles. Depuis un siècle, l'occupation intensive du rivage par les humains trouble la dynamique naturelle du trait de côte. Au cours des années 1970 et 1980, l'extension des zones urbanisées du littoral a conduit à l'installation de nombreuses structures ayant un «effet de fixation temporaire du

⁴⁰ Ouvrage encore inédit en langue française, dont Dominique Gaurier a assuré la traduction.

⁴¹ *Mémoires pour les habitants de l'île de Noirmoutier*, 1775.

⁴² P. DEBOUDT, *Géo-histoire de la lutte contre l'érosion côtière sur le littoral du Pas-de-Calais*, in *Le milieu littoral. Actes du 124e Congrès national des sociétés historiques et scientifiques, Milieu littoral et estuaires*, Nantes, 1999, Paris, 2002, pp. 221-237.

trait de côte», en particulier en Bretagne⁴³. Il faut ici dissocier deux phénomènes qui caractérisent la vulnérabilité de ces espaces artificiellement anthropisés, qui reposent sur des dispositifs de défense côtière.

La première menace concerne le risque de submersion (autrefois appelés «vimers» ou «vimaires»). La submersion marine désigne une inondation temporaire de la zone côtière par la mer dans des conditions météorologiques extrêmes. Ces phénomènes, loin d'être apparus avec le changement climatique, s'inscrivent dans les cycles longs de l'histoire environnementale⁴⁴, par exemple la submersion des 5-6 février 1469 qui dévaste l'île de Bouin avec des brèches qui mesurent jusqu'à 19 brasses, soit près de 31 mètres de long, et des dommages enregistrés jusqu'en Anjou ou bien celles des 28-29 janvier 1645 accompagnées de pluies diluviennes et de submersions marines à l'île de Ré, d'Aix, d'Oléron, ainsi qu'à la Rochelle, Marennes, Nieulle, Arvert, Talmont-sur-Gironde, Saint-Seurin-d'Uzet⁴⁵. La remarquable étude de Mohamed Maanan souligne combien l'étude historique des événements passés interroge la vulnérabilité des territoires⁴⁶, dans la perspective de Birkmann. Des dispositifs de protection du littoral sont mis en place par les sociétés médiévales et modernes, comme les pêcheries, les chaussées,

⁴³ L. CHAMSEDDINE, J. DUPONT, *Le littoral breton de 1975 à 2000: quelle interaction entre les évolutions des espaces urbanisés et les dynamiques de la population?*, in *Espace, populations, sociétés*, 1-2, 2013, pp. 41-57.

⁴⁴ M. MAANAN, E. ATHIMON, P. POUZET, *Submersions marines sur le littoral atlantique français: 700 ans d'archives sociétales et environnementales pour une meilleure connaissance et gestion du risque*, in *Bulletin de l'Association de géographes français*, 2022, *Les risques littoraux*, 98, 3/4, pp. 366-384. E. ATHIMON, *Tempêtes et submersions marines dans les territoires de la côte atlantique (XIV^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 2021.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 373 et s.: 3. Les tempêtes de 1469 et 1645, répertoriées dans les archives et corroborées par la détection d'impacts sédimentologiques.

⁴⁶ J. BOUCARD, *L'entretien des défenses à la mer: l'exemple de l'île de Ré*, in E. GARNIER (dir.), *Les crises Xynthia à l'aune de l'histoire: enseignements et enjeux contemporains d'une histoire des submersions*, Groupe de recherche submersions, pp. 87-90; E. GARNIER, *500 ans de vimers sur le littoral du Poitou-Charente. Risques et vulnérabilité des sociétés*, in T. SAUZEAU (dir.), *Expliquer Xynthia, comprendre le phénomène*, Poitiers, Conseil régional de Poitou-Charente, pp. 11-17.

les bords et levées⁴⁷. La submersion côtière concerne les zones littorales, mais la littoralisation et l'érosion augmentent également les risques de catastrophes naturelles de type tempêtes, orages violents, pluies diluviennes, hausse du niveau de la mer. La prévention des risques naturels liés à la submersion marine constitue, depuis la loi n°2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue, un des objectifs assignés à la «loi Littoral». Ainsi l'article L. 321-1 I du *Code de l'environnement* a été complété pour prendre en compte spécifiquement ce risque dans les politiques de protection et d'aménagement du littoral qui implique une coordination des actions de l'État et des collectivités locales.

Mais les phénomènes les plus significatifs dans la menace sont souvent ceux qui sont aussi les plus lents et imperceptibles. C'est pourquoi il est important de distinguer ici l'érosion de la submersion. L'érosion côtière est un phénomène géologique qui se traduit par une perte graduelle de matériaux entraînant le recul des côtes et l'abaissement des plages. Or le littoral n'est pas un milieu immuable, mais fluctue sous l'effet combiné de processus naturels et de l'action de l'Homme. Le trait de côte pourrait se définir simplement comme la limite entre la terre et la mer avec plusieurs marqueurs (limites de végétation, pied ou sommet d'une falaise, niveau des plus hautes mers...). Le dérèglement climatique renforce cette érosion qui, en se poursuivant, fait peser une menace sur les équipements et infrastructures. Cette situation conduit le Cerema à mettre en place un indicateur national de l'érosion côtière, intégré dans *Plan national d'adaptation au changement climatique*⁴⁸. Les études menées par le Cerema proposent une estimation prospective des conséquences⁴⁹: en 2028 un millier de bâtiments seraient concernés par le recul du trait de côte, qu'il s'agisse de bâtiments résidentiels (300) ou commerciaux (190)⁵⁰, en 2050, 5 200 logements sont menacés,

⁴⁷ Pour approfondir aux voies publiques en général, v. E.J.M. VIGNON, *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France aux dix-septième et dix-huitième siècles*, Paris, 1862.

⁴⁸ Voir le lien <https://www.geolittoral.developpement-durable.gouv.fr/indicateur-national-de-l-erosion-cotiere-acces-aux-a1512.html>.

⁴⁹ J. BIRKMAN, *Measuring vulnerability to natural hazard*, cit.

⁵⁰ F. HEDOU, A. HERMAN, H. DE LUCA, *Projection du trait de côte et analyse des enjeux au niveau national - Horizons 2050 et 2100*, Cerema. Centre d'études et d'ex-

dont 2 000 résidences secondaires, pour une valeur vénale estimée à 1,1 Md€ et en 2100, ce sont potentiellement 450 000 logements pour une valeur vénale de 86 Md€, 55 000 locaux d'activités pour une valeur vénale de 8 Md€, 10 000 bâtiments publics, 1 800 km de routes et 240 km de voies ferrées qui pourraient être touchés.

Ces considérations appellent une démarche prospective et dessinent une trajectoire d'évolution des écosystèmes littoraux, qui sont à la jonction d'un enchevêtrement de vulnérabilités. Elles expliquent le passage d'une stratégie de fortification du littoral vers une autre stratégie d'adaptation du trait de côte et de gestion des risques.

3. De la réduction de l'aléa à l'absence d'alea. Fragilité socio-économique et manque de résilience

L'élévation du niveau de la mer étant un phénomène récent du point de vue de la paléoclimatologie, la conquête des polders et la gestion des terres exondées a donc dominé la philosophie juridique jusqu'au XX^{ème} siècle. En matière de lutte contre les vulnérabilités littorales, ces évolutions vont conduire à un changement de doctrine des années 1970 à nos jours, avec l'évolution d'une doctrine du «lutter contre» à une doctrine du «vivre avec». Ce tournant interroge la notion même de vulnérabilité: un territoire sur lequel ne pèse plus l'aléa mais la certitude de la submersion est-il encore un territoire vulnérable? L'histoire du droit présente ici une trajectoire singulière, de la réduction de l'aléa à la certitude du risque.

3.1. La réduction de l'aléa par la résistance des riverains

Les riverains sont, par nature, confrontés à l'érosion côtière. Il leur appartient, en vertu de l'article 33 de la loi du 16 septembre 1807 relative au dessèchement des marais de résister, par leurs propres moyens en mettant en place des ouvrages de protection de type enrochement ou

pertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Administration), 2024.

épis, ou bien des actions de rechargement de sable. Depuis plus de deux siècles, la loi de 1807 constitue la base législative de référence en matière de défense contre la mer. Cette loi ancienne donne aux riverains la responsabilité de se protéger et à l'État la possibilité d'intervenir financièrement, s'il l'estime «utile et juste», en cas d'intérêt public. Cette disposition a permis de fonder une jurisprudence, bien connue des historiens du droit⁵¹, exonérant l'État et les collectivités territoriales de toute obligation de protection des riverains de la mer, aussi bien contre l'érosion côtière que contre les submersions marines⁵². La validité actuelle de cette jurisprudence se pose nécessairement au regard des implications réglementaires de la compétence Gemapi.

Il arrive que le riverain perde son combat contre l'océan, entraînant la déchéance de ses droits de propriété. La modification de la configuration du trait de côte peut conduire un ouvrage construit par un propriétaire riverain pour se protéger contre l'action de la mer à basculer dans le domaine public maritime. Dans le cadre d'une question de constitutionnalité posée à propos de l'article L. 2111-4 du *Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)*, le Conseil constitutionnel a validé le principe de l'incorporation au domaine public maritime des ouvrages de protection en cas de progression du rivage⁵³. Ce principe est toutefois assorti d'une réserve d'interprétation qui empêche l'Administration d'imposer au propriétaire dépossédé la destruction de l'ouvrage construit: le propriétaire ayant, sur le fondement de l'article 33 de la loi du 16 septembre 1807, élevé à ses frais une digue à la mer sur sa propriété privée ne peut pas être forcé de la détruire et d'en supporter la charge financière. Sur le fondement de cette décision, la juridiction administrative a également précisé que ni les dispositions de l'article 33 de la loi du 16 septembre 1807, ni la réserve d'interprétation dont la décision précitée du Conseil constitutionnel a assorti la déclara-

⁵¹ Pour l'histoire de la jurisprudence, v. CE, 17 mai 1946, Min. travaux publics c/ Cne Vieux Boucau: Lebon, p. 135; S. 1947, III, 9, note H.B. V. aussi F. BOUSCAU, *Les prés salés de la Teste-de-Buch en Aquitaine: contribution à l'histoire du domaine maritime du Moyen-Âge à nos jours*, Th. Paris II, 1988.

⁵² CE, 9 févr. 1972, n°79268, Sté industrielle de tous articles plastiques: Lebon – CE, 2 mars 1984, n°35524, 35874, Syndicat intercommunal de l'Huveaune: Lebon.

⁵³ Cons. const., 24 mai 2013, n°2013-316 QPC, SCI Pascal et a.

tion de conformité à la Constitution de l'article L. 2111-4 du CGPPP, «n'autorise le propriétaire d'une digue à la mer à entretenir celle-ci une fois qu'elle a été incorporée au domaine public maritime naturel en raison de la progression du rivage de la mer»⁵⁴.

Les propriétaires riverains peuvent éprouver un sentiment d'impuissance devant l'ampleur du phénomène et surtout leur exclusion de tout dispositif d'indemnisation. C'est précisément ce qui est au cœur de la recherche d'une «juste» indemnisation par le fonds Barnier⁵⁵ mais interroge les limites de la vulnérabilité du territoire, dès lors que le risque est certain.

3.2. De la réduction de l'aléa à l'absence d'aléa: peut-on encore parler de territoire vulnérable quand le risque est certain?

La situation paraît pour le moins paradoxale: des territoires vulnérables, et même des biens condamnés à moyen terme par le recul du trait de côte, font l'objet d'une spéculation intense, que le journaliste Mandart compare à «une flambée immobilière contre vents et marées»⁵⁶, par exemple au Cap-Ferret. La loi n°2021-1104 du 22 août 2021 *Climat et résilience* portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets entend permettre aux collectivités territoriales de s'emparer du sujet de l'adaptation des territoires littoraux au recul du trait de côte⁵⁷. Cette logique nouvelle se superpose à celle du riverain menacé par l'érosion côtière. Ce sont donc les collectivités qui se trouvent investies de l'urgence d'agir pour adapter les territoires fragiles. Mais cette lutte contre l'érosion n'autorise

⁵⁴ CAA Marseille, 21 avr. 2016, n°14MA04602.

⁵⁵ M.-L. LAMBERT, L. STAHL, A. BERNARD-BOUSSIÈRES, *Risques littoraux: à la recherche d'une «juste» indemnisation par le fonds Barnier*, in *RJE*, 44, 2019, pp. 89-107.

⁵⁶ S. MANDART, *Au Cap-Ferret, la flambée immobilière contre vents et marées*, in *Le Monde*, 24-25 oct. 2021.

⁵⁷ Dans l'exposé des motifs du projet de loi, le Gouvernement a justifié cette évolution: «Il s'agit de mobiliser des outils permettant aux collectivités de mener des projets d'adaptation et de recomposition urbaine, articulée avec leur politique en matière de maintien du trait de côte (ouvrages de protection, solutions fondées sur la nature, mais aussi suppression d'ouvrages, etc.)».

toutefois qu'une adaptation limitée et ne peut que constituer une réduction résiduelle de l'aléa.

Beaucoup de maires des communes littorales constituent la première «digue institutionnelle», quant aux conséquences liées aux érosions côtières. Ils ont vocation à prendre les dispositions nécessaires en vertu de leur pouvoir de police prévu par les articles L. 2212-2 et L. 2212-4 du CGCT. Le maire peut, dans le cadre de son pouvoir de police, prescrire l'exécution des mesures de sûreté exigées par la prévention des accidents naturels, au nombre desquels figure l'érosion côtière.

Ces nouvelles mesures législatives visent à prendre en compte le recul du trait de côte dans les documents d'urbanisme au travers de zones spécifiques et y appliquer des règles de constructibilité adaptées. Ainsi, la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 propose un arsenal juridique destiné à tenir compte de l'érosion côtière du point de vue du droit de l'urbanisme. Les communes soumises à l'érosion du littoral peuvent désormais mettre en œuvre un droit de préemption spécifique, comme le détaille un décret du 27 juin 2024, qui détaille la mise en œuvre de ce dispositif prévu par la loi «climat et résilience» du 22 août 2021. Toutefois la protection au moyen d'ouvrages n'est pas adaptée en termes de coût et au regard de l'aggravation du phénomène. La loi entend donc favoriser l'accompagnement des territoires littoraux invités à passer d'une logique de défense contre la mer à celle de recomposition spatiale. Les projections aboutissent à des submersions permanentes par endroits et les traits de côte vont changer.

L'élévation du niveau de la mer est un phénomène inéluctable d'ici 2100, «irréversible» comme le souligne la climatologue Françoise Vimeux ou la paléoclimatologue Jean Jouzel⁵⁸. La notion de vulnérabilité côtière est devenue un thème majeur de la gestion du littoral, en tant que milieu dynamique touché par la montée des eaux. En définitive,

⁵⁸ Sur la question précise de l'élévation récente du niveau de la mer, v. J. JOUZEL, O. NOUAILLAS, L. BERNET, *Quel climat pour demain?: 15 questions réponses pour ne pas finir sous l'eau*, Paris, 2015. On peut mentionner le travail de Jean Jouzel, paléoclimatologue français, Prix Vetlesen de biologie et fondateur du GIEC, qui s'est fait connaître en 1987 lorsqu'il publie, avec Claude Lorius, la première étude établissant formellement le lien entre concentration de CO₂ dans l'atmosphère et réchauffement climatique, et en particulier les conséquences sur les courants marins et les littoraux.

peut-on toujours parler de territoire vulnérable dès lors que le risque est certain? En l'absence d'aléa, un territoire ne relève plus de la vulnérabilité, il est assuré qu'il soit perdu. Or paradoxalement la «folie du bord de mer»⁵⁹ se poursuit dans de dangereux peut-être. Les surenchères et les spéculations immobilières actuelles ne faiblissent pas. Comme l'écrivait Nietzsche en 1888, dans *Ecce Homo*: «ce n'est pas le doute, c'est la certitude qui rend fou»⁶⁰.

⁵⁹ A. SAVIANA, C. DELBECQUE, *Immobilier: la folie du bord de mer, les locaux ne peuvent plus se loger*, in *L'Express*, 11/07/2023.

⁶⁰ NIETZSCHE, *Ecce homo*, dans *Œuvres complètes*, Paris, 1993, p. 1136.

VULNÉRABILITÉS ENVIRONNEMENTALES ET TRANSITION: QUEL RÔLE POUR LE DROIT PÉNAL?

*Vittorio Cama**

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. Justice transitionnelle et droit pénal. 3. La malédiction des ressources en tant que source de vulnérabilité environnementale. 4. Ressources minières, dégradation environnementale et émergence de conflits. 4.1. Impact sur les communautés locales. 5. Conflits et changements climatiques. 6. Pour une justice transitionnelle verte? 6.1. Fonction réparatrice. 6.2. Fonction préventive. 7. Quel rôle pour le droit pénal?

Résumé

Le lien entre les vulnérabilités environnementales et la transition s'impose comme un sujet d'importance croissante en droit pénal, en particulier dans les scénarios post-conflit. Cette relation soulève des interrogations fondamentales sur l'équilibre entre justice pénale, réconciliation et protection de l'environnement. Dans cette perspective, les mécanismes de la justice transitionnelle «verte» doivent s'attaquer aux vulnérabilités environnementales qui non seulement alimentent les conflits, mais en sont également une conséquence directe. Des phénomènes tels que l'extractivisme, la dégradation environnementale qui en découle et leur impact sur les communautés locales mettent en lumière la nécessité de définir avec la plus grande prudence le rôle du droit pénal dans la transition d'un état de conflit vers une paix durable, en privilégiant plutôt l'adoption de mesures réparatrices et préventives à large spectre.

Abstract

The link between environmental vulnerabilities and transition has emerged as an increasingly significant topic in criminal law, particularly in post-conflict scenarios. This relationship raises fundamental questions about the balance between criminal justice, reconciliation, and environmental protection. From this perspective, the mechanisms of “green” transitional justice must address environmental vulnerabilities that not only fuel conflicts but are also a direct consequence of them. Phenomena such as extractivism, the resulting environ-

* Doctorant en droit pénal, programme doctoral en Études juridiques comparées et européennes, Université de Trente.

mental degradation, and their impact on local communities highlight the need to carefully delineate the role of criminal law in transitioning from conflict to sustainable peace, while instead prioritizing the adoption of broad-spectrum restorative and preventive measures.

Riassunto

Il legame tra vulnerabilità ambientali e transizione si impone come un tema di crescente rilevanza nel diritto penale, soprattutto negli scenari post-conflittuali. Tale relazione solleva interrogativi fondamentali sull'equilibrio tra giustizia penale, riconciliazione e tutela ambientale. In questa prospettiva, i meccanismi della giustizia di transizione "verde" devono confrontarsi con le vulnerabilità ambientali che non solo alimentano i conflitti, ma ne sono anche una conseguenza diretta. Fenomeni come l'estrattivismo, il degrado ambientale che ne deriva e il loro impatto sulle comunità locali sottolineano l'esigenza di definire con estrema cautela il ruolo del diritto penale nella transizione da uno stato di conflitto a una pace sostenibile, privilegiando invece l'adozione di misure riparatrici e preventive a largo spettro.

1. Introduction

Le lien entre les vulnérabilités environnementales et la transition dans le droit pénal est devenu un sujet de recherche primordial, particulièrement dans les contextes post-conflit¹.

Cette problématique complexe soulève des questions fondamentales sur la manière dont les sociétés peuvent concilier justice pénale, réconciliation, transition et protection de l'environnement. À cette fin, la justice transitionnelle, initialement conçue pour traiter les violations des droits de l'homme, s'est progressivement élargie pour inclure les préoccupations environnementales². Cette évolution reflète une prise de

¹ Voir, par exemple, F. KRAMPE, *Toward Sustainable Peace: A New Research Agenda for Post-Conflict Natural Resource Management*, in *Global Environmental Politics*, 17, 4, 2017, pp. 1-8 et C. BRUCH, *Considerations in Framing the Environmental Dimensions of Jus Post Bellum*, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices*, Oxford, 2017, pp. 29-39.

² Voir J.N. CLARK, *Are there 'Greener' Ways of Doing Transitional Justice?*, in *International Journal of Human Rights*, 20, 8, 2016, p. 1207; C. STAHN, J. IVERSON, J. EASTERDAY (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace*,

conscience croissante du rôle central que jouent les ressources naturelles dans les conflits et les processus de paix, en tant que multiplicateurs de la vulnérabilité environnementale et de l'instabilité sociale.

En effet, les ressources minières, telles que l'or, le pétrole et les diamants sont souvent au cœur des conflits violents. Dans ces contextes, leur potentiel à financer des groupes armés et à exacerber les tensions locales en fait des enjeux stratégiques majeurs. De plus, la mauvaise gestion ou l'accaparement de ces ressources par des acteurs violents peut transformer ces richesses naturelles en véritables moteurs de conflits³.

Pas seulement. L'exploitation intensive des ressources naturelles entraîne une dégradation environnementale significative, qui à son tour accentue les vulnérabilités des communautés locales. Ce cercle vicieux peut compromettre les efforts de reconstruction et de réconciliation post-conflit⁴.

Dans ce cadre, l'intégration des considérations environnementales dans les stratégies de justice transitionnelle apparaît comme une nécessité pour garantir une paix durable. En ce sens, il serait possible de reconnaître les dommages environnementaux comme des violations des droits humains⁵, tout en développant des mécanismes de réparation

Oxford, 2017; R. KILLEAN, L. DEMPSTER, 'Greening' *Transitional Justice*, in M. EVANS (ed.), *Beyond Transitional Justice: Transformative Justice and the State of the Field (or Non-Field)*, London, 2022, pp. 54-64.

³ Voir A. BRISMAN, N. SOUTH, *Resource Wealth, Power, Crime, Conflict*, in R. WALTERS et al. (eds.), *Emerging Issues in Green Criminology*, cit., pp. 57-71; B. SMITH, D. WALDNER, *Rethinking the Resource Curse*, Cambridge, 2021, et pour le contexte sierra-léonais, R. MACONACHIE, T. BINNS, *Beyond the Resource Curse? Diamond Mining, Development and Post-Conflict Reconstruction in Sierra Leone*, in *Resources Policy*, 32, 3, 2007, pp. 104-115.

⁴ Voir I.A. KANU, A. THULLAH, M.T. SESAY, *Environmental and Socio-Economic Impact of Mining on Operational Communities in Tonkolili District Northern Sierra Leone*, in *Journal of Civil Engineering Research & Technology*, 4, 2, 2002, pp. 1-7.

⁵ Voir, par exemple, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Framework Principles on Human Rights and the Environment*, 2018. Disponible à l'adresse: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/FrameworkPrinciplesUserFriendlyVersion.pdf>. Voir aussi K. HULME, *Using a Framework of Human Rights and Transitional Justice for Post-Conflict Environmental Protection and Remediation*, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (eds.), *op. cit.*, pp. 119-142.

adaptés aux préjudices écologiques⁶, et promouvoir une gestion durable des ressources naturelles comme gage de stabilité.

Ces scénarios complexes nécessitent certainement l'opérationnalité de plusieurs outils complémentaires dans une approche multidimensionnelle. La présente contribution vise donc à explorer quel rôle peut jouer le droit pénal dans le traitement des vulnérabilités environnementales en contextes de transition et, en particulier, dans le cadre de la justice transitionnelle.

Après une brève introduction sur le rapport entre le droit pénal et la justice transitionnelle, cette contribution explore l'intersection entre l'extractivisme, les ressources minières et les conflits sociaux et armés. L'analyse se structure autour de trois axes descriptifs principaux: d'abord, le concept de «malédiction des ressources» comme source de vulnérabilités environnementales; ensuite, le lien entre extraction des ressources minières, dégradation environnementale et émergence de conflits, qui exacerbe les vulnérabilités; et enfin, la relation entre conflits et changement climatique, comme étape supplémentaire dans le cercle vicieux entre vulnérabilités et conflits. Ce travail se penchera également sur la possibilité de théoriser une justice transitionnelle verte, à la fois dans une perspective réparatrice et préventive, pour conclure en interrogeant le rôle du droit pénal dans la transition, afin de passer de situations de conflit aggravées par les vulnérabilités environnementales à des situations de paix durable fondées sur la justice écologique.

2. Justice transitionnelle et droit pénal

La justice transitionnelle et le droit pénal constituent deux domaines juridiques intrinsèquement liés qui occupent une place prépondérante dans la reconstruction des sociétés post-conflit. L'analyse de leurs interactions complexes révèle les nombreux défis et innovations qui émer-

⁶ Voir R. KILLEAN, *Imagining Reparations for Environmental Destruction*, in E. PALMER, S. HARRIS RIMMER, E. BIKUNDO (eds.), *Futures of International Criminal Justice*, London, 2021.

gent dans la recherche d'un équilibre délicat entre les impératifs de justice et les nécessités de paix et de réconciliation sociale⁷.

La justice transitionnelle se définit comme un ensemble cohérent de processus et de mécanismes, tant judiciaires que non judiciaires, visant à répondre aux violations massives des droits de l'homme dans le contexte spécifique d'une transition vers la paix et la démocratie⁸. Ses objectifs, multiples et interconnectés, s'articulent autour de quatre axes majeurs: l'établissement de la vérité concernant les exactions passées, l'administration de la justice pour les victimes, la promotion de la réconciliation sociale et la prévention de nouvelles violations. Ces finalités, bien que distinctes dans leur nature, présentent des interconnexions profondes et peuvent parfois générer des tensions, nécessitant ainsi une approche équilibrée et contextualisée.

Pour atteindre ces objectifs, la justice transitionnelle déploie un éventail de mécanismes complémentaires. Par exemple, les commissions de vérité, organes non judiciaires par excellence, jouent un rôle fondamental en enquêtant sur les violations passées et en établissant un récit historique officiel. Leur importance est capitale dans la reconnaissance des souffrances endurées par les victimes et dans la construction d'une compréhension collective du passé⁹. Parallèlement, les programmes de réparation constituent un autre pilier essentiel, offrant aux victimes diverses formes de compensation pour les préjudices subis, qu'il s'agisse d'indemnisations financières, de restitutions de biens, ou de mesures de réhabilitation sociale et psychologique¹⁰.

Bien que la justice transitionnelle privilégie des formes alternatives de résolution des conflits, le droit pénal conserve une place centrale,

⁷ À ce sujet, on ne peut que se référer à G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013.

⁸ *United Nations, Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice*, mars 2010. Disponible à l'adresse: https://www.ohchr.org/sites/default/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf.

⁹ Sur le rôle des commissions de vérité, voir P.B. HAYNER, *Unspeakable Truths, Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, London, 2011, ch. 2.

¹⁰ Sur ce sujet, voir L. MOFFETT, *Transitional Justice and Reparations: Remedying the Past?*, in *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, 2017, pp. 377-400. Pour une vue d'ensemble des programmes de réparation, voir F.J. LANGMACK, *Reparation in Transitional Justice*, Baden-Baden, 2023, pp. 289-334.

même si non prioritaire, dans ces contextes particuliers¹¹. Les poursuites judiciaires, visant à traduire en justice les responsables des crimes les plus graves, contribuent de manière significative à la lutte contre l'impunité et à la réaffirmation de l'état de droit. Cette dimension pénale s'enrichit considérablement de l'apport du droit pénal international et du droit international des droits de l'homme, qui établissent des standards minimaux pour la poursuite des crimes internationaux, encadrent strictement la possibilité d'amnisties pour les crimes les plus graves, et fournissent un cadre juridique robuste pour la coopération internationale en matière de justice pénale¹².

Toutefois, l'efficacité de ces mécanismes juridiques et quasi-juridiques reste tributaire de leur intégration dans un processus plus large de réformes structurelles s'attaquant aux causes profondes des violations et des conflits¹³. Ces réformes institutionnelles visent à prévenir la récurrence des abus en transformant en profondeur les institutions étatiques, particulièrement les forces de sécurité et le système judiciaire¹⁴.

3. La malédiction des ressources en tant que source de vulnérabilité environnementale

La "malédiction des ressources", ou "paradoxe de l'abondance", constitue l'un des phénomènes économiques et politiques les plus intrigants et complexes de notre époque¹⁵. Ce phénomène fait référence à

¹¹ Sur les objectifs du droit pénal dans le contexte de la justice transitionnelle, voir E. MACULAN, A. GIL GIL, *The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 40, 1, 2020, pp. 132-157.

¹² Sur l'«espace» d'un droit pénal protégeant les droits de l'homme et la classification ainsi que la légitimité des amnisties, voir G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 169 ss.

¹³ Cf. C.L. SRIRAM, *Justice as Peace? Liberal Peacebuilding and Strategies of Transitional Justice*, in *Global Society*, 21, 4, 2007, pp. 579-591.

¹⁴ A. CAHILL-RIPLEY, *Foregrounding Socio-Economic Rights in Transitional Justice: Realising Justice for Violations of Economic and Social Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32, 2, 2014, pp. 183-213.

¹⁵ À ce sujet, voir le célèbre article M.L. ROSS, *Does Oil Hinder Democracy?*, in *World Politics*, 53, 3, 2001, pp. 325-361.

une situation paradoxale particulièrement troublante: les pays disposant d'une abondance de ressources naturelles, notamment non renouvelables comme les minerais et les hydrocarbures, tendent à connaître une trajectoire de croissance économique plus lente et des indicateurs de développement moins favorables que les pays moins bien dotés en ressources naturelles¹⁶. En même temps, l'importance de ce paradoxe dépasse largement le cadre strictement économique pour s'étendre aux dimensions politiques, sociales et institutionnelles du développement¹⁷.

La "malédiction des ressources" trouve ses racines dans une constellation de facteurs interdépendants qui se renforcent mutuellement, créant un cercle vicieux de sous-développement. L'analyse de ces mécanismes permet de révéler la complexité des défis auxquels sont confrontés les pays riches en ressources naturelles.

En premier lieu, la volatilité économique constitue l'un des facteurs les plus déterminants de ce phénomène. Les économies fortement dépendantes des ressources naturelles sont particulièrement vulnérables aux fluctuations des prix des matières premières sur les marchés internationaux. Cette instabilité chronique compromet la planification économique à long terme et décourage les investissements dans les secteurs non extractifs de l'économie, créant ainsi une forme de paralysie du développement économique diversifié¹⁸.

La corruption et la mauvaise gouvernance émergent comme un deuxième facteur crucial. Les revenus considérables générés par l'exploitation des ressources naturelles peuvent devenir un instrument de captation par les élites politiques et économiques, au détriment du développement général du pays. Cette dynamique de prédation des ressources s'accompagne souvent d'un affaiblissement des institutions démocra-

¹⁶ J.D. SACHS, A.M. WARNER, *The Curse of Natural Resources*, in *European Economic Review*, 45, 4-6, 2001, pp. 827-838.

¹⁷ À ce sujet, voir aussi A. BRISMAN, N. SOUTH, *Resource Wealth, Power, Crime, Conflict*, in R. WALTERS, D.S. WESTERHUIS, T. WYATT (eds.), *Emerging Issues in Green Criminology*, Houndmills, 2013, pp. 57-71 et B. SMITH, D. WALDNER, *Rethinking the Resource Curse*, Cambridge, 2021.

¹⁸ F. VAN DER PLOEG, S. POELHEKKE, *Volatility and the Natural Resource Curse*, in *Oxford Economic Papers*, 61, 4, 2009, pp. 727-760.

tiques et des mécanismes de contrôle, créant un cercle vicieux de détérioration de la gouvernance¹⁹.

La dimension conflictuelle constitue un troisième aspect particulièrement préoccupant. La compétition pour le contrôle des ressources naturelles peut exacerber les tensions sociales et politiques préexistantes, conduisant parfois à l'éclatement de conflits armés. Ces situations de violence ont des répercussions dévastatrices sur le développement économique et humain, compromettant durablement les perspectives de croissance et de stabilité sociale²⁰.

Enfin, la dégradation environnementale représente une dimension souvent négligée mais fondamentale de la malédiction des ressources. L'exploitation intensive des ressources naturelles engendre fréquemment des dommages écologiques significatifs, affectant non seulement la santé des populations locales mais compromettant également les perspectives de développement durable à long terme. Cette détérioration environnementale peut avoir des répercussions particulièrement graves sur les communautés les plus vulnérables, exacerbant ainsi les inégalités sociales existantes²¹.

L'interaction entre ces différents facteurs crée une dynamique particulièrement complexe et difficile à briser. La volatilité économique peut renforcer la corruption en créant des opportunités de rente, tandis que la mauvaise gouvernance peut exacerber les conflits et la dégradation environnementale. Cette interconnexion des mécanismes suggère la nécessité d'une approche holistique et intégrée pour surmonter la malédiction des ressources, combinant réformes institutionnelles, diversification économique, protection environnementale et renforcement de la gouvernance démocratique.

¹⁹ E. MIGUEL, S. SATYANATH, E. SERGENTI, *Economic Shocks and Civil Conflict: An Instrumental Variables Approach*, in *The Economic Journal*, 114, 508, 2004, pp. 725-753.

²⁰ P. COLLIER, A. HOFFLER, *Greed and Grievance in Civil War*, in *Oxford Economic Papers*, 56, 4, 2004, pp. 563-595.

²¹ Cf. Z. BOULANOUAR, L. ESSID, *Extending the Resource Curse Hypothesis to Sustainability: Unveiling the Environmental Impacts of Natural Resources Rents and Subsidies in Fossil Fuel-rich MENA Countries*, in *Resources Policy*, 87, 2023.

4. Ressources minières, dégradation environnementale et émergence de conflits

Comme indiqué dans l'introduction, les ressources minières occupent une position centrale dans la dynamique des conflits contemporains, particulièrement dans les pays en développement dotés d'importantes richesses minérales.

La typologie des conflits liés aux ressources minières révèle la complexité et la diversité des dynamiques conflictuelles²². Pour tenter de classer ce type de relation, on peut dire que les guerres de ressources constituent la forme la plus directe de ces conflits, où l'objectif principal est le contrôle des gisements miniers. Parallèlement, les guerres environnementales émergent comme une catégorie distincte, résultant des dégradations écologiques causées par l'exploitation minière intensive. Enfin, le phénomène des guerres de pillage se caractérise par une exploitation illégale systématique des ressources, tandis que les guerres de sécession liées aux ressources naturelles se manifestent à travers des mouvements séparatistes dont la motivation principale réside dans la volonté de contrôler les richesses minières d'un territoire spécifique²³.

La perpétuation de ces conflits s'inscrit dans une dynamique complexe où l'abondance des ressources naturelles peut catalyser des formes de contrôle violent, qu'elles soient d'origine coloniale, impérialiste ou simplement prédatrice²⁴. Cette dynamique se manifeste à travers plusieurs mécanismes interconnectés. Le financement des groupes armés constitue un premier vecteur crucial, où les revenus générés par l'exploitation minière alimentent directement les activités des groupes rebelles ou des forces gouvernementales. Un second mécanisme réside dans la corruption et l'affaiblissement institutionnel, phénomènes exacerbés par l'afflux massif de revenus miniers qui fragilisent les struc-

²² Pour des études de cas, P. LE BILLON, *The Geopolitics of Resource Wars*, London, 2005.

²³ Pour une analyse voir, P. LE BILLON, *The Political Ecology of War: Natural Resources and Armed Conflicts*, in *Political Geography*, 20, 5, 2001, pp. 561-584.

²⁴ M.L. ROSS, *What Do We Know about Natural Resources and Civil War?*, in *Journal of Peace Research*, 41, 3, 2004, pp. 337-356.

tures étatiques existantes²⁵. Enfin, les inégalités économiques générées par une distribution inéquitable des bénéfices de l'exploitation minière constituent un terreau fertile pour l'émergence et la persistance des tensions sociales²⁶.

Ensemble, ces facteurs alimentent le phénomène de ce que l'on appelle l'extractivisme, c'est-à-dire un modèle économique d'extraction intensive des ressources naturelles pour l'exportation, qui entraîne des dommages environnementaux, des conflits sociaux et des inégalités. L'extractivisme criminel alimente des «réseaux transnationaux de dommage et violence environnementale», où divers acteurs se disputent les ressources naturelles pour financer des objectifs criminels, militaires et politiques, catalysant ainsi des conflits armés²⁷.

4.1. *Impact sur les communautés locales*

L'exploitation minière industrielle engendre des répercussions négatives considérables sur les populations locales, affectant de manière systémique leurs moyens de subsistance, leur santé et leur bien-être général.

La perturbation des activités économiques traditionnelles constitue l'une des conséquences les plus significatives de l'industrialisation minière. À cet égard, l'expansion des zones d'exploitation entraîne une consommation croissante des terres agricoles, privant les communautés locales de leurs ressources territoriales ancestrales et de leurs moyens de subsistance traditionnels. De plus, l'industrialisation de l'exploitation minière conduit souvent à la disparition des activités artisanales, pourtant considérées par les populations locales comme économique-

²⁵ Ces conditions sont propices au développement et à la croissance d'un État fan-tôme. Voir W. RENO, *Corruption and State Politics in Sierra Leone*, Cambridge, 1996, p. 47.

²⁶ Permettez-nous de nous référer, pour une étude plus approfondie, à V. CAMA, *Risorse naturali, criminalità organizzata e conflitti armati: il caso della Sierra Leone e del Revolutionary United Front*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, 10, 1, 2024, pp. 81-107.

²⁷ J. ATILES, G. ROJAS-PÁEZ, *Coal Criminals: Crimes of the Powerful, Extractivism and Historical Harm in the Global South*, in *The British Journal of Criminology*, 62, 5, 2022, pp. 1289-1304.

ment plus avantageuses et socialement plus intégrées à leurs modes de vie traditionnels²⁸.

La dégradation des conditions de vie des communautés locales se manifeste principalement à travers deux aspects majeurs. D'une part, la pollution environnementale générée par les activités minières industrielles entraîne une contamination persistante des sols et des ressources hydriques, avec des conséquences délétères à long terme sur la santé publique et les capacités de subsistance des populations²⁹. D'autre part, les projets miniers à grande échelle nécessitent fréquemment le déplacement forcé de communautés entières, provoquant des ruptures sociales et culturelles profondes qui affectent durablement le tissu social et les structures communautaires traditionnelles³⁰. Dans ce contexte, l'insécurité alimentaire émerge comme une conséquence particulièrement préoccupante de cette transformation territoriale et écologique, en augmentant la vulnérabilité alimentaire des populations locales. Cette fragilisation s'explique par la convergence de plusieurs facteurs³¹.

En outre, la dégradation environnementale créée par les grands projets miniers constitue l'une des conséquences les plus visibles et persistantes de l'exploitation minière industrielle. La déforestation massive,

²⁸ Voir, par exemple, G. HILSON, N. YAKOVLEVA, *Strained Relations: A Critical Analysis of the Mining Conflict in Prestea, Ghana*, in *Political Geography*, 26, 1, 2007, pp. 98-119.

²⁹ Voir R. AL RAWASHDEH, G. CAMPBELL, A. TITI, *The Socio-Economic Impacts of Mining on Local Communities: The Case of Jordan*, in *The Extractive Industries and Society*, 3, 2, 2016, pp. 494-507; C. CANDEIAS et al., *Mining Activities: Health Impacts*, in *Reference Module in Earth Systems and Environmental Sciences*, 2018, pp. 1-21; A. K. YADAV, A. JAMAL, *Impact of Mining on Human Health in and Around Mines*, in *Environmental Quality Management*, 28, 1, 2018, pp. 83-87.

³⁰ Voir, pour macro and micro analyses, S. ABOAGYE, *Mining and Resettlement of Communities in Ghana: Exposing the Harm Caused by Forced Displacement and Relocation*, in *MiningWatch Canada*, 2014, pp. 1-10; P. BOSE, E. LUNSTRUM, *Environmentally Induced Displacement and Forced Migration*, in *Refuge*, 29, 2012, p. 5; S. GUKURUME, L. NHODO, *Forced Displacements in Mining Communities: Politics in Chiadzwa Diamond Area, Zimbabwe*, in *Journal of Contemporary African Studies*, 38, 1, 2020, pp. 39-54; J. R. OWEN, D. KEMP, *Mining-Induced Displacement and Resettlement: A Critical Appraisal*, in *Journal of Cleaner Production*, 87, 2015, pp. 478-488.

³¹ Voir T. WEGENAST, J. BECK, *Mining, Rural Livelihoods and Food Security: A Disaggregated Analysis of Sub-Saharan Africa*, in *World Development*, 130, 2020.

inhérente à l'ouverture des mines à ciel ouvert, entraîne une perturbation profonde des écosystèmes, affectant non seulement la biodiversité locale mais également l'ensemble des services écosystémiques dont dépendent les communautés environnantes³². Parallèlement, la problématique de la pollution des ressources hydriques se manifeste de manière particulièrement aigüe à travers le phénomène du drainage minier acide et les rejets de substances chimiques toxiques, dont les effets contaminent les nappes phréatiques et les cours d'eau sur des étendues considérables. Cette pollution s'accompagne d'une accélération préoccupante de l'érosion des sols, compromettant durablement la fertilité des terres adjacentes et, par conséquent, les potentialités agricoles des régions affectées. De plus, la bioaccumulation de substances toxiques dans les chaînes alimentaires locales crée une problématique sanitaire complexe, nécessitant une surveillance épidémiologique à long terme³³.

Les violations des droits fondamentaux constituent une dimension supplémentaire particulièrement préoccupante de l'exploitation minière industrielle³⁴. Ces atteintes se manifestent à travers la compromission systématique de droits essentiels, notamment le droit à la santé, le droit à la vie et le droit fondamental à un environnement sain. La gravité de ces violations est d'autant plus significative qu'elles s'inscrivent dans une dynamique de précarisation à long terme des conditions de vie des populations affectées, remettant en question les fondements mêmes du développement durable et de la justice environnementale³⁵.

³² L.J. SONTER et al., *Mining Drives Extensive Deforestation in the Brazilian Amazon*, in *Nature Communications*, 8, 1, 2017, p. 1013.

³³ Pour une analyse approfondie, voir I.A. KANU, A. THULLAH, M.T. SESAY, *op. cit.*

³⁴ Voir T. SCHRECKER, A.-E. BIRN, M. AGUILERA, *How Extractive Industries Affect Health: Political Economy Underpinnings and Pathways*, in *Health & Place*, 52, 2018, pp. 135-147.

³⁵ Voir, par exemple, M. RAFTOPOULOS (ed.), *Social-Environmental Conflicts, Extractivism and Human Rights in Latin America*, London, 2018.

5. *Conflits et changements climatiques*

La corrélation émergente entre les conflits armés et les changements climatiques introduit une dimension nouvelle et complexe dans l'analyse des vulnérabilités environnementales liées aux ressources minières. En effet, l'augmentation significative des conflits armés depuis 2012 présente une corrélation troublante avec l'intensification du réchauffement climatique³⁶. Cette période coïncide avec l'enregistrement des températures moyennes les plus élevées de l'histoire moderne, suggérant une possible relation causale entre la déstabilisation climatique et l'exacerbation des tensions sociales et politiques³⁷.

Les liens potentiels entre variations climatiques et violence s'articulent autour de plusieurs mécanismes interconnectés³⁸. En prenant l'exemple de l'exploitation intensive des ressources minérales, le stress hydrique émerge comme un facteur déterminant dans cette relation. La raréfaction des ressources en eau, exacerbée par le changement climatique, intensifie les compétitions autour des ressources hydriques, créant des tensions particulièrement aigües dans les zones d'exploitation minière où la demande en eau est déjà considérable. Cette situation crée une double pression: d'une part, la concurrence accrue entre les besoins des communautés locales et les exigences de l'exploitation minière, et d'autre part, la dégradation potentielle des ressources hydriques par les activités extractives dans un contexte de raréfaction croissante.

En même temps, les migrations climatiques constituent un second vecteur majeur d'intensification des conflits³⁹. Les déplacements de populations induits par les bouleversements climatiques engendrent des pressions démographiques accrues sur les territoires d'accueil, particu-

³⁶ J. GOYETTE, *Changements climatiques, ressources naturelles et conflits armés*, in *Le Climatoscope*, 2020.

³⁷ K.J. MACH, C.M. KRAAN, W.N. ADGER et al., *Climate as a Risk Factor for Armed Conflict*, in *Nature*, 571, 2019, pp. 193-197.

³⁸ Voir T. BERNAUER, T. BÖHMELT, V. KOUBI, *Environmental Changes and Violent Conflict*, in *Environmental Research Letters*, 7, 2012, pp. 1-8.

³⁹ Voir l'appel lancé par A. SOLOW, *A Call for Peace on Climate and Conflict*, in *Nature*, 497, 2013, pp. 179-180.

lièrement dans les régions riches en ressources minières⁴⁰. Ces flux migratoires peuvent déstabiliser les équilibres socio-économiques existants et exacerber les tensions autour du contrôle et de l'exploitation des ressources naturelles. Cette dynamique est d'autant plus complexe que les zones minières, souvent déjà fragilisées par les impacts environnementaux de l'exploitation, peuvent voir leur capacité de résilience diminuée face à ces pressions démographiques additionnelles⁴¹.

En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, le phénomène de l'exploitation minière accélère les processus de dégradation institutionnelle et environnementale, ce qui favorise le développement de sentiments de «avidité» et de «doléances» qui, à leur tour, constituent un terrain fertile pour la montée en puissance des groupes rebelles⁴². Dans le même temps, les recettes du commerce même illicite des ressources minérales attirent des acteurs armés non étatiques⁴³.

Cette nouvelle configuration des vulnérabilités nécessite une approche intégrée de la gestion des ressources minières, prenant en compte non seulement les dimensions traditionnelles des conflits de ressources, mais également les impacts croissants du changement climatique. Une telle approche devrait inclure des stratégies d'adaptation climatique dans la planification minière, des mécanismes de prévention des conflits sensibles aux facteurs climatiques, et des politiques de gestion durable des ressources naturelles capables de répondre aux défis conjugués de l'exploitation minière et du changement climatique. On reviendra sur ce point plus tard.

⁴⁰ Cf. *supra* note 29.

⁴¹ Cf. C. CATTANEO, T. FOREMAN, *Climate Change, International Migration, and Interstate Conflicts*, in *Ecological Economics*, 211, 2023 et T. WATSON, T. LENTON, R. SAFRA DE CAMPOS, *The Climate Change, Conflict and Migration Nexus: A Holistic View*, in *Climate Resilience and Sustainability*, 2, 2023.

⁴² Pour une comparaison des modèles de rébellion motivée par l'appât du gain, voir P. COLLIER, A. HOEFFLER, *Greed and Grievance in Civil War*, in *The World Bank Policy Research Working Paper*, n°2355, 2000, pp. 2-27.

⁴³ Pour une analyse de ces intersections, bien que liées au conflit en Sierra Leone, permettez-nous de nous référer à nouveau à V. CAMA, *op. cit.*

6. Pour une justice transitionnelle verte?

Le nexus entre justice transitionnelle verte et durabilité environnementale émerge comme une problématique fondamentale dans le contexte contemporain, caractérisé par une interdépendance croissante entre les enjeux environnementaux et les questions de paix, de sécurité et de développement. Cette relation complexe assume une double fonction, à la fois réparatrice et préventive, dans l'appréhension et la résolution des conflits liés aux ressources naturelles et à la dégradation environnementale⁴⁴. Elle constitue une évolution significative du paradigme traditionnel de la justice transitionnelle en intégrant de manière systématique les préoccupations environnementales dans les processus de transition post-conflit⁴⁵.

Cette conception de la justice transitionnelle repose sur la reconnaissance fondamentale que les dommages environnementaux ne peuvent plus être considérés comme de simples dommages collatéraux des conflits, mais doivent être appréhendés comme des éléments structurants des dynamiques conflictuelles contemporaines. D'une part – comme on a tenté de le démontrer – les atteintes à l'environnement peuvent constituer des facteurs déclencheurs ou aggravants des conflits, notamment à travers la raréfaction des ressources naturelles et la détérioration des conditions de vie des populations. D'autre part, les conflits eux-mêmes génèrent souvent des dommages environnementaux considérables, créant ainsi un cercle vicieux de dégradation écologique et de violence.

L'intégration de la dimension environnementale dans les processus de justice transitionnelle répond également à une nécessité pratique de construire une paix durable. Seulement une approche holistique permet de reconnaître que la reconstruction post-conflit ne peut se limiter aux dimensions politique et sociale traditionnelles ou à l'exécution de mesures de justice pénale, mais doit nécessairement inclure la restauration et la protection des écosystèmes comme conditions essentielles d'une réconciliation véritable et pérenne.

⁴⁴ R. KILLEAN, L. DEMPSTER, *'Greening' Transitional Justice*, cit.

⁴⁵ Voir, *inter alia*, S. KLINSKY, *An Initial Scoping of Transitional Justice for Global Climate Governance*, in *Climate Policy*, 18, 6, 2017, pp. 752-765.

6.1. Fonction réparatrice

La fonction réparatrice de la justice transitionnelle verte constitue un pilier fondamental dans la reconstruction post-conflit, s'articulant autour de plusieurs dimensions interconnectées qui visent à restaurer non seulement l'environnement physique mais également le tissu social des communautés affectées.

La restauration des écosystèmes endommagés émerge comme une priorité centrale de cette approche réparatrice. Comme nous l'avons vu précédemment, les conflits infligent des blessures profondes aux systèmes écologiques, se manifestant sous diverses formes: déforestation massive, contamination des sols et des ressources hydriques, destruction des habitats naturels et perturbation des équilibres écosystémiques. Cette dévastation environnementale nécessite une intervention systématique et méthodique visant à rétablir les fonctions écologiques essentielles et à reconstituer les bases naturelles nécessaires à la subsistance des communautés locales⁴⁶.

L'indemnisation des victimes de dommages environnementaux constitue le deuxième axe majeur de cette fonction réparatrice. Cette dimension reconnaît que les atteintes à l'environnement ont des répercussions directes et souvent dévastatrices sur les conditions de vie des populations locales. Les mécanismes d'indemnisation doivent donc être conçus englobant non seulement des compensations financières directes, mais également des programmes de réinstallation appropriés et des initiatives de développement communautaire durables. De cette façon, l'indemnisation permet de restaurer non seulement les pertes matérielles mais également le capital social et culturel des communautés affectées⁴⁷.

⁴⁶ Pour une analyse juridique de la question de la réparation des dommages environnementaux, voir A. BOYLE, *Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems*, in M. BOWMAN, A. BOYLE (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, 2002.

⁴⁷ M. HALL, *Victims of Environmental Crime: Routes for Recognition, Restitution and Redress*, in T. SPAPENS, R. WHITE, M. KLUIN (eds.), *Environmental Crime and its Victims: Perspectives within Green Criminology*, pp. 103-118, London, 2016.

En même temps, la reconnaissance officielle des injustices environnementales historiques représente une composante essentielle du processus de guérison collective. Cette reconnaissance va au-delà d'une simple documentation des dommages pour s'inscrire dans une démarche plus profonde de justice historique et de réconciliation sociale. Elle implique l'acceptation institutionnelle des torts causés à l'environnement et aux communautés qui en dépendent, constituant ainsi une étape cruciale dans le processus de reconstruction de la confiance entre les différents acteurs sociaux⁴⁸.

La promotion de la vérité et de la réconciliation écologique s'affirme donc comme le quatrième pilier de cette fonction réparatrice. Ces instances jouent un rôle crucial dans la construction d'une mémoire collective des dommages environnementaux et dans l'élaboration de recommandations pour une gestion plus équitable et durable des ressources naturelles. Ce processus de vérité écologique peut contribuer non seulement à la compréhension commune des événements passés mais pose également les fondements d'une nouvelle approche de la gouvernance environnementale⁴⁹.

Si les conditions expliquées sont remplies, l'ambition d'une transition verte qui tente de rétablir les vulnérabilités environnementales peut être réalisée. Ce processus s'inscrit ainsi dans une perspective transformative plus large, visant non seulement à réparer les dommages du passé mais également à créer les conditions d'une relation plus harmonieuse entre les sociétés humaines et leur environnement naturel, également d'un point de vue culturel. Enfin, on doit reconnaître que la réparation environnementale est indissociable de la justice sociale et que la restauration écologique doit s'accompagner d'une transformation des structures sociales et économiques qui ont initialement contribué aux dommages environnementaux⁵⁰.

⁴⁸ Cf. J. NEVINS, *Restitution over Coffee: Truth, Reconciliation, and Environmental Violence in East Timor*, in *Political Geography*, 22, 6, 2003, pp. 677-701.

⁴⁹ M. LAWRY-WHITE, *Victims of Environmental Harm During Conflict: The Potential for 'Justice'*, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (eds.), *op. cit.*, pp. 367-395.

⁵⁰ Pour une analyse des pratiques post-conflit, voir D. DAM-DE JONG, *Standard-setting Practices for the Management of Natural Resources in Conflict-Torn States*:

6.2. Fonction préventive

La fonction préventive de la justice transitionnelle verte constitue un aspect déterminant de sa mission transformative, visant à établir les conditions structurelles nécessaires pour éviter la résurgence des conflits environnementaux et des vulnérabilités environnementales⁵¹. Cette dimension préventive s'articule autour de plusieurs axes stratégiques complémentaires qui, ensemble, contribuent à la construction d'une paix environnementale durable.

L'établissement de cadres juridiques et institutionnels robustes émerge comme le premier pilier fondamental de cette fonction préventive. Cette démarche implique la création et le renforcement d'un arsenal législatif et réglementaire sophistiqué, spécifiquement conçu pour assurer la protection effective de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles⁵². Ces cadres normatifs doivent non seulement définir des standards environnementaux rigoureux mais également établir des mécanismes d'application efficaces, y compris des sanctions.

La promotion d'une participation inclusive représente le deuxième axe stratégique de cette approche préventive. Cette dimension reconnaît que l'exclusion des parties prenantes, particulièrement des communautés locales et des groupes marginalisés, dans les processus décisionnels relatifs à la gestion des ressources naturelles constitue souvent une source majeure de tensions et de conflits. A cet effet, l'institutionnalisation de mécanismes de participation effective permet non seulement

Constitutive Elements of Jus Post Bellum, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (eds.), *op. cit.*, pp. 169-191.

⁵¹ Sur la relation entre la justice transitionnelle et la prévention, voir J.E. MENDEZ, *Transitional Justice, Peace, and Prevention*, in *Baltimore Law Review*, 40, 2011, pp. 365-382. Voir aussi R. DUTHIE, *Transitional Justice and Prevention: Summary Findings from Five Country Case Studies*, International Center for Transitional Justice, disponible à : https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Report_Overview_TJ_Prevention.pdf.

⁵² Sur la relation entre la justice transitionnelle et le droit constitutionnel, voir R.G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, 2002, p. 191 ss. et ID., *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, pp. 181-208.

d'enrichir la qualité des décisions prises mais également de renforcer leur légitimité sociale et leur durabilité⁵³.

Le renforcement de la gouvernance environnementale constitue le troisième pilier essentiel de la fonction préventive. Cette dimension implique la mise en place de systèmes de gestion transparents et responsables, caractérisés par des mécanismes de contrôle efficaces et une redevabilité accrue des acteurs impliqués et en particulier des multinationales⁵⁴ et des emprises de sécurité privées⁵⁵. L'amélioration de la gouvernance environnementale passe notamment par le développement de procédures standardisées pour l'évaluation des impacts environnementaux, la mise en place de systèmes de monitoring sophistiqués, et l'établissement de mécanismes de résolution des conflits adaptés aux enjeux environnementaux⁵⁶.

Enfin, la durabilité environnementale constitue un pilier essentiel pour construire une paix durable, en abordant à la fois la réparation des préjudices historiques et la prévention des conflits futurs. Ce processus nécessite une approche qui intègre les dimensions environnementales, sociales et économiques du développement post-conflit, reconnaissant l'interdépendance entre la santé des écosystèmes et le bien-être humain⁵⁷. Des initiatives comme la Grande Muraille Verte en Afrique démontrent le potentiel transformateur de ces interventions, qui non seulement restaurent l'environnement mais favorisent également le dé-

⁵³ Voir M. HAMILTON, *Justice as Meaningful Involvement and Its Operationalisation Through Restorative Justice Conferencing*, in Id. (ed.), *Environmental Crime and Restorative Justice*, Cham, 2021, pp. 235-259.

⁵⁴ À ce sujet, voir M. KARAVIAS, *Chapter 3: Corporate Responsibility for Environmental Harm*, in M. FITZMAURICE, M. BRUS, P. MERKOURIS, A. RYDBERG (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, 2021, pp. 62-82.

⁵⁵ O. DAS, A. KELLAY, *Private Security Companies and Other Private Security Service Providers (PSCs) and Environmental Protection in Jus Post Bellum: Policy and Regulatory Challenges*, in C. STAHN, J. IVERSON, J.S. EASTERDAY (eds.), *op. cit.*, 299-326.

⁵⁶ Cf. F. BIERMANN, *Global Governance and the Environment*, in M.M. BETSILL, K. HOCHSTETLER, D. STEVIS (eds.), *Palgrave Advances in International Environmental Politics*, London, 2006, pp. 237-261.

⁵⁷ D. SIMANGAN et al., *A Global Analysis of Interactions Between Peace and Environmental Sustainability*, in *Earth System Governance*, 14, 2022.

veloppement économique, la coopération régionale et la création d'emplois. La gestion durable des ressources naturelles, avec des pratiques d'extraction responsables et une répartition équitable des bénéfices, est également fondamentale, visant à prévenir les tensions sociales et à garantir justice et transparence dans la répartition des revenus, soutenant ainsi une paix stable et inclusive.

À ces conditions, la fonction préventive de la justice transitionnelle verte peut être considérée dans une perspective transformative à long terme, visant à modifier en profondeur les relations entre les sociétés humaines et leur environnement naturel, en reconnaissant que la prévention des conflits environnementaux nécessite non seulement des changements institutionnels et juridiques mais également une transformation culturelle et sociale profonde et visant à la construction d'une paix environnementale positive et durable, fondée sur des principes de justice écologique et de responsabilité collective envers l'environnement.

7. Quel rôle pour le droit pénal?

Après avoir clarifié les défis auxquels est confrontée une justice transitionnelle verte, il ne reste plus qu'à comprendre le rôle que peut jouer le droit pénal face à ces défis.

Dans le contexte que nous avons décrit, il est évident que le droit pénal doit occuper une position stratégique mais délibérément circonscrite dans le système de justice transitionnelle verte, assumant un double rôle de sanction des violations passées et de prévention des atteintes futures⁵⁸. Certes – mais comme dans le contexte habituel de la justice transitionnelle – la nécessité de «punir» doit être mise en balance avec les objectifs que d'autres moyens de réconciliation peuvent jouer. Toutefois, il est essentiel de doter le droit pénal des outils appro-

⁵⁸ Sur ce rôle, voir A. BURKE, *Fairness, Justice and Repairing Environmental Harm: Reconciling the Reparative Approach to the Sentencing of Environmental Crimes with Sentencing Principles*, in *Environmental and Planning Law Journal*, vol. 35, n. 5, 2018, pp. 529-541. Cf. D. SCHLOSBERG, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford, 2007.

priés pour faire face à la dimension transnationale des vulnérabilités environnementales et au fonctionnement opaque des acteurs transnationaux.

Cette nécessité s'avère particulièrement cruciale pour combler les "impunity gaps" générés par la transnationalité croissante des conflits et l'émergence d'acteurs économiques puissants opérant au-delà des frontières nationales⁵⁹. La responsabilisation des multinationales pour leur implication dans les violations massives des droits humains et la dégradation environnementale constitue un enjeu central, nécessitant le développement d'instruments juridiques adaptés à la complexité de ces acteurs transnationaux⁶⁰. Autrement dit, il est clair que si la justice pénale, dont la nécessité d'intervention est reconnue, était excessivement sélective et se concentrait uniquement sur les acteurs locaux, elle serait perçue comme injuste. Ainsi, au lieu d'apporter des avantages à la transition, elle risque d'entraver sa réussite.

Dans cette perspective, l'attribution de la juridiction sur l'exploitation illicite des ressources naturelles par le Protocole de Malabo – que vise conférer à l'avenir à la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, qui n'est pas encore opérationnelle, la compétence non seulement pour les crimes internationaux classiques, mais aussi pour les crimes transnationaux – illustre cette évolution nécessaire du droit pénal international et transnational vers une meilleure appréhension de la criminalité organisée transnationale, particulièrement dans le contexte de l'exploitation illégale des ressources naturelles⁶¹.

⁵⁹ C.L. SRIRAM, A. ROSS, *Geographies of Crime and Justice: Contemporary Transitional Justice and the Creation of 'Zones of Impunity'*, in *International Journal of Transitional Justice*, 1, 1, 2007, pp. 45-65.

⁶⁰ Pour une analyse multidimensionnelle de ces problèmes, voir les contributions dans S. MICHALOWSKI (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, London, 2013.

⁶¹ Sur le Malabo Protocol, voir A. BA, *Exit from Nuremberg to the Hague: The Malabo Protocol and the Pan-African Road to Arusha*, in *Global Studies Quarterly*, 3, 3, 2023, pp. 1-11; M. SIRLEAF, *The African Justice Cascade and the Malabo Protocol*, in *International Law Journal of Transitional Law*, 11, 11, 2017; L. VAN DEN HERIK, E. VAN SLIEDREGT, *International Criminal Law and the Malabo Protocol: Scholarly Reception, Rebellion and Role Models*, in *Grotius Centre Working Paper Series*, 2017/066-ICL, 2017.

D'après ce qui a été décrit, la perspective de confier au droit pénal un quelconque rôle préventif semble à courte vue. Plus que la sanction, c'est la certitude de la sanction qui dissuade de nouvelles violations. Et dans un cadre aussi complexe que celui des vulnérabilités environnementales, il est clair que la prévention des violations nécessite des mesures sociales et de transformation plus large qui vont au-delà de l'application de sanctions.

En conclusion, le rôle du droit pénal doit être envisagé comme un élément d'une approche plus large, nécessairement complémenté par des mécanismes de justice réparatrice et transformative. Cette complémentarité s'avère essentielle pour dépasser la simple logique punitive et construire une approche holistique capable non seulement de sanctionner les violations mais également de transformer les structures sociales et économiques qui les ont rendues possibles.

RELIGIONI, GIUSTIZIA CLIMATICA E TUTELA DEI SOGGETTI VULNERABILI: I POPOLI INDIGENI NEL MAGISTERO DELLA CHIESA CATTOLICA

*Rossella Bottoni**

SOMMARIO: 1. *La correlazione tra i temi dell'analisi.* 2. *I popoli indigeni come soggetti vulnerabili.* 3. *Giustizia climatica, popoli indigeni e Chiesa cattolica.* 3.1. *Da Paolo VI a Benedetto XVI: inculturazione, conversione ecologica ed ecologia umana.* 3.2. *Francesco e i popoli indigeni come custodi della 'casa comune'.* 4. *Osservazioni conclusive.*

Riassunto

Il cambiamento climatico, la perdita della biodiversità e le vulnerabilità ambientali costituiscono oggi temi ricorrenti, che uniscono le religioni nel riconoscimento di una comune responsabilità e dell'urgenza di attuare una transizione giusta. La giustizia climatica – che trascende le emergenze ambientali e diventa una questione di diritti e di giustizia sociale – è invocata sempre più spesso dalle religioni, in particolare dopo la pubblicazione della lettera enciclica *Laudato si'* di Francesco. In tale contesto, questo contributo intende esaminare in particolare l'attenzione che la Chiesa cattolica ha riservato alle popolazioni indigene che, pur producendo un minimo impatto ambientale, subiscono le conseguenze più gravi del cambiamento climatico.

Abstract

Climate change, biodiversity loss and environmental vulnerability are issues that religions today frequently debate, in the recognition of the need of a common responsibility and of the urgency to achieve a fair transition. Climate justice – going beyond the climate crisis and involving issues of rights and social justice – is invoked more and more often by religions, especially after the publication of Francis's encyclical letter *Laudato si'*. In this context, this contribution aims at examining in particular the Catholic Church's attention to indige-

* Professoressa associata di Diritto e religione, Facoltà di Giurisprudenza. Università di Trento.

nous peoples who, despite having a negligible environmental impact, suffer the most serious consequences of climate change.

Résumé

Le changement climatique, la perte de biodiversité et les vulnérabilités environnementales sont aujourd'hui des thèmes récurrents qui unissent les religions dans la reconnaissance d'une responsabilité commune et de l'urgence de mettre en œuvre une transition juste. La justice climatique – qui transcende les urgences environnementales et devient une question de droits et de justice sociale – est de plus en plus invoquée par les religions, surtout après la publication de la lettre encyclique *Laudato si'* de François. Dans ce contexte, cette contribution va examiner en particulier l'attention que l'Église catholique a réservée aux populations indigènes, qui subissent les conséquences les plus graves du changement climatique, bien qu'ils aient un impact environnemental minime.

1. La correlazione tra i temi dell'analisi

Il cambiamento climatico, la perdita della biodiversità e la degradazione dei vari ecosistemi del pianeta costituiscono oggi temi ricorrenti, che uniscono le religioni nel riconoscimento di una comune responsabilità e dell'urgenza di attuare una transizione giusta¹. In tale impegno è centrale la nozione di giustizia climatica², che

¹ Sulle religioni e l'ambiente, cfr. F. BALSAMO, *Religioni ed ambiente: il contributo delle confessioni religiose alla costruzione di una "democrazia ambientale"*, in *Diritto & Religioni*, 2, 2014, pp. 113-151; A. FABBRI, *Il contributo del cattolicesimo e dell'ortodossia al dibattito sulla rilevanza etica del diritto all'ambiente*, in R. BORDOLI (a cura di), *Etica ambientale. Prospettive di ricerca*, Roma, 2022, pp. 249-265; K. GOLSER (a cura di), *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni*, Bologna, 1995; M.R. PICCINI, *La tutela dell'ambiente nel diritto delle religioni*, Roma, 2013; S. POWER BRATTON, *Religion and the Environment. An Introduction*, New York, 2021; F. SORVILLO, *L'art. 9 della Costituzione e il contributo delle religioni alla protezione ambientale*, in P. PALUMBO (a cura di), *Libertà religiosa e nuovi equilibri nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose*, Napoli, 2019, pp. 211-226; F. SORVILLO, *Eco-fede. Uomo, natura, culture religiose*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, Torino, 2014, pp. 79-118; C. VENTRELLA, S. ATTOLLINO, *Etica delle religioni, diritti dei popoli e dignità sostenibile*, in AA.VV., *L'etica ambientale e lo sviluppo sostenibile nel diritto delle religioni*, Milano, 2023,

conferisce ai cambiamenti climatici mondiali una dimensione etica e politica, e non solo strettamente ambientale. Tale concetto è general-

pp. 173-216; N. VOGT, S. NUMICO (a cura di), *Salvaguardia del creato e sviluppo sostenibile: orizzonti per le chiese in Europa*, Roma, 2007; A.P. TAVANI, *Fattore religioso e ambiente*, Bari, 2020. Specifici aspetti sono esaminati in S. ATTOLLINO, *Le religioni nell'era della transizione ecologica: green economy e risparmio energetico*, in A. FUCCILLO, P. PALUMBO (a cura di), *Pluralismo confessionale e dinamiche interculturali. Le 'best practices' per una società inclusiva*, Napoli, 2023, pp. 1001-1025; F. BALSAMO, *La Chiesa della Terra dei fuochi contro le ecomafie*, in *Diritto & Religioni*, 1, 2014, pp. 348-365; ID., *Religious laws and water footprint reduction*, in *Diritto & Religioni*, 1, 2023, pp. 211-225; F. FRENI, *Ecologia integrale e pluralismo etico-religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), 17, 2022, pp. 61-110; ID., *Transizione ecologica integrale e discriminazioni religiose delle donne migranti nel Mediterraneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), 20, 2022, pp. 7-40; F. SORVILLO, *Azione religiosa e tutela ambientale: la c.d. "eco-fede"*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2022, pp. 302-305. Sul contributo che le religioni offrono al raggiungimento dei 17 obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, con particolare riferimento ad ambiente e alimentazione, comunità umane solidali e inclusive, vita umana, lavoro e sviluppo tecnologico, cfr. A. ANGELUCCI, *Fraternità umana e sviluppo sostenibile nell'orizzonte 2030: Prospettive teologiche vs strategie geopolitiche?*, in *Diritto & Religioni*, 1, 2024, pp. 225-236; I. ZUANAZZI, I. BATTAGLINI (a cura di), *Religioni e sviluppo sostenibile*, Torino, 2021. Sull'impegno di attori religiosamente orientati per la protezione dell'ambiente e la lotta contro il cambiamento climatico, e sulle tensioni che tali attività generano, cfr. J. KÖHRSEN, J. BLANC, F. HUBER (a cura di), *Religious Environmental Activism Emerging Conflicts and Tensions in Earth Stewardship*, New York, 2022.

² Sull'origine dell'espressione, cfr. MARY ROBINSON FOUNDATION. CLIMATE JUSTICE, *Report July 2013. Climate Justice Baseline*, p. 12, <https://www.mrfcj.org/media/pdf/ClimateJusticeBaseline.pdf>. Nella vasta letteratura sul tema, ci limitiamo a segnalare M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, 2, 2020, pp. 1345-1369; M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, SP-2, 2023, pp. 329-343. Sulle dimensioni spaziali, temporali e giuridiche del concetto di giustizia climatica, che lo legano alla giustizia distributiva, a quella intergenerazionale e al contenzioso giudiziale, cfr. R. DAVID, R. LUPORINI, *Cos'è la giustizia climatica e perché è importante*, 23 luglio 2021, <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/cose-la-giustizia-climatica-e-perche-e-importante-31232>; D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2023, pp. 186-215.

mente considerato in un contesto globale di interdipendenza spaziale e temporale, e riconosce che le categorie più vulnerabili e più povere della nostra società sono spesso quelle che subiscono l'impatto maggiore a livello di cambiamenti climatici, anche se sono le meno responsabili delle emissioni che hanno determinato la crisi climatica³.

La nozione di giustizia climatica si lega a quella di vulnerabilità⁴, divenuta ormai centrale nel discorso sui diritti umani per ciò che concerne la qualificazione del soggetto di diritto in contesti concreti di discriminazione e di impedimento al godimento equo ed effettivo delle libertà fondamentali⁵. Essa è messa in relazione alla necessità di riformulare i concetti di giustizia sociale o bene comune o universale, riconoscendo l'inadeguatezza delle idee liberali di autonomia, eguaglianza e libertà nella loro dimensione individualistica, e promuovendo una capacità di risposta pronta e responsabile⁶. In tale prospettiva – nonostante le critiche alla nozione di vulnerabilità, considerata eccessivamente indeterminata, suscettibile di rafforzare stereotipi e alimentare il senso di vittimizzazione e, in definitiva, di non avere rilevanza pratica – essa è ritenuta «prima facie idonea a perseguire gli obiettivi connessi ai diritti umani», esplicitando e concretizzando «la logica della correlatività tra diritti e doveri», la quale muove «dal presupposto per cui ascrive-

³ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Parere d'iniziativa sulla «Giustizia climatica»* 2018/C 081/04, par. 1.1, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* C 81 del 2 marzo 2018.

⁴ M. MAYRHOFER, *Framing UN Human Rights Discourses on Climate Change: The Concept of Vulnerability and its Relation to the Concepts of Inequality and Discrimination*, in *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, 37, 2024, pp. 91-117.

⁵ E. PARIOTTI, *Vulnerability and Human Rights: Which Compatibility?*, in *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, 36, 2023, p. 1402. Cfr. anche F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020; B.S. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, 2006; A.H.E. MORAWA, *Vulnerability as a Concept of International Human Rights Law*, in *Journal of International Relations and Development*, 2, 2003, pp. 139-155.

⁶ M. ALBERTSON FINEMAN, L. SPITZ (a cura di), *Law, Vulnerability, and the Responsive State Beyond Equality and Liberty*, New York, 2024. Cfr. anche C. HERI, *Responsive Human Rights. Vulnerability, Ill-Treatment and the ECtHR*, Oxford, 2021.

re un diritto ad un soggetto implica necessariamente ascrivere uno o più doveri correlativi ad altri soggetti»⁷.

La giustizia climatica, che dunque trascende le emergenze ambientali e diventa una questione tanto di diritti⁸ quanto di doveri, è invocata dalle religioni sempre più spesso, in particolare dopo la pubblicazione della lettera enciclica di Francesco *Laudato si'* sulla cura della casa comune il 24 maggio 2015, anno della Conferenza delle parti della Convenzione sui cambiamenti climatici (Cop21). Sono seguite le Dichiarazioni anglicana, islamica buddista e indù e la Lettera rabbinica sulla crisi climatica firmata da più di 250 rabbini negli Stati Uniti, le quali hanno sottolineato, pur con accenti diversi, che i paesi a maggiore vulnerabilità ambientale non sono quelli che più hanno contribuito a generare tali criticità, e che il cambiamento verso uno stile di vita sostenibile deve essere equo, mitigando gli effetti sulle comunità più povere e marginalizzate del pianeta⁹.

Nel contesto dello sviluppo della riflessione ecologica nel magistero papale, le cui origini possono essere ricondotte alla lettera enciclica di Leone XIII *Rerum novarum* del 1891¹⁰, la Chiesa cattolica ha riservato

⁷ E. PARIOTTI, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, p. 155.

⁸ IPCC. FOCAL POINT FOR ITALY, *Giustizia climatica*, <https://ipccitalia.cmcc.it/giustizia-climatica>; E. CAMINO, *Dalla giustizia ambientale alla giustizia climatica*, 27 gennaio 2023, <https://retepacedisarmo.org/educazione-pace/2023/dalla-giustizia-ambientale-alla-giustizia-climatica>.

⁹ M. LIVINGSTONE, *Religioni e impegno per il clima tra l'enciclica «Laudato Si'» e la conferenza di Parigi*, in *La Civiltà Cattolica*, 3973, 2016, pp. 30-44.

¹⁰ Sul punto cfr. C.M. PETTINATO, *Aversio a Deo: l'origine della riflessione ecologica nel magistero papale da Leone XIII a Francesco*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoecliese.it>), 17, 2022, pp. 122-123. La dottrina canonistica ed ecclesiasticistica si occupa da tempo di ambiente ed ecologia nella Chiesa cattolica. Si vedano inter alia A. ANDREOTTI, *La tutela dell'ambiente nella dottrina sociale della Chiesa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoecliese.it>), 9, 2023, pp. 1-23; F. BALSAMO, *Enti religiosi e tutela dell'ambiente*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoecliese.it>), 7, 2015, pp. 1-26; G. DAMMACCO, C. VENTRELLA, *Cibo e ambiente. Manipolazioni e tutele nel diritto canonico*, Bari, 2015; L. DE GREGORIO, *Ambiente, Creato, Sviluppo umano integrale: dimensione religiosa collettiva e prospet-*

un'attenzione crescente ai popoli indigeni. Si tratta di circa 5000 gruppi, distribuiti in 90 paesi, per un totale di 476 milioni di persone. Pur essendo solo il 6,2% della popolazione mondiale, costituiscono il 19% di quella porzione dell'umanità che vive in condizioni di estrema povertà¹¹. Al tempo stesso, sono depositari di un ricco e insostituibile patrimonio culturale: parlano oltre 4000 delle 7000 lingue del pianeta, molte delle quali a rischio di estinzione, abitano territori che conservano approssimativamente l'80% della biodiversità mondiale e hanno conoscenze ancestrali vitali per ridurre i rischi ambientali¹².

tiva ecologica, in P. CONSORTI (a cura di), *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, Pisa, 2019, pp. 293-309; F. FRENI, *Stili di alimentazione religiosamente orientati e sostenibilità nell'esperienza giuridica dei territori prospicienti il Mar Mediterraneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 2, 2024, pp. 38-40; C. GAGLIARDI, *I "giardini" della biodiversità nelle diocesi irlandesi*, 2023, <https://www.rivistadirittoereligioni.com/news/irlanda-i-giardini-della-biodiversita-nelle-diocesi-irlandesi/>; G. MAZZONI, *Cultura della cura e responsabilità. L'esortazione apostolica Laudate Deum sul cambiamento climatico*, 12 ottobre 2023, <https://www.olir.it/focus/cultura-della-cura-e-responsabilita-l-esortazione-apostolica-laudate-deum-sul-cambiamento-climatico/>; EAD., *Ecologia e sostenibilità tra magistero e sinodalità: sviluppi economici e giuridici nel pensiero di Francesco*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2020, pp. 525-538; EAD., *Migrazioni, cambiamento climatico e dignità umana. L'azione della Chiesa cattolica a favore della tutela della libertà religiosa e della promozione dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2023, pp. 661-674; C.M. PETTINATO, *Commento alla "Laudate Deum"*, 2023, <https://www.rivistadirittoereligioni.com/news-citta-del-vaticano-commento-alla-laudate-deum-cristiana-maria-pettinato/>; EAD., *Il grido di Abacuc. La questione ecologica alla luce delle istanze del giusnaturalismo cristiano contemporaneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 31, 2014, pp. 1-36; A.P. TAVANI, *"Frate sole" e il fotovoltaico. Il ruolo della parrocchia e la tutela dell'ambiente tra normativa statale e magistero della chiesa cattolica*, in *Diritto & Religioni*, 2, 2011, pp. 305-326.

¹¹ Cfr. <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples>.

¹² Cfr. <https://www.worldbank.org/en/topic/indigenouspeoples>. Sull'idea dei 'diritti bioculturali', fondata sulla gestione responsabile delle risorse da parte dei popoli indigeni, la quale è possibile solo garantendo determinati diritti, cfr. G. SAJEVA, *Human Rights and the Environment: A Hard Balance to Strike*, in *Ragion pratica*, 2, 2017, pp. 525-551.

2. *I popoli indigeni come soggetti vulnerabili*

I popoli indigeni sono tra i soggetti più esposti e danneggiati dalla distruzione dell'ambiente e dalla perdita della biodiversità. Pur producendo un minimo impatto ambientale, subiscono le conseguenze più gravi del cambiamento climatico¹³. Tuttavia, la loro vulnerabilità è determinata da criticità trascendenti la crisi ambientale e riguardanti un complesso di fattori sociali, culturali, politici e ideologici, i quali hanno giustificato l'appropriazione delle terre abitate da tempo immemorabile, la ricollocazione o il confinamento in riserve, le restrizioni all'accesso a servizi essenziali come cure mediche, acqua potabile e trasporti, le limitazioni o i divieti di manifestare la propria distinta identità e la propria religiosità secondo credenze e riti tramandati di generazione in generazione, di parlare la propria lingua e di praticare l'economia tradizionale¹⁴.

La vulnerabilità dei popoli indigeni ha origine nella nascita stessa di questa categoria. La 'scoperta' di nuove terre si è accompagnata a quella dei popoli che le abitavano e la cui sottomissione, riduzione in schiavitù, deportazione e sterminio – sostituite nel tempo da altre forme di discriminazione ritenute più accettabili – sono state giustificate dalla costruzione di una specifica identità dell'«altro» come primitivo, barba-

¹³ R. BAIRD, *The Impact of Climate Change on Minorities and Indigenous Peoples*, 2008, <https://minorityrights.org/app/uploads/2024/01/download-524-the-impact-of-climate-change-on-minorities-and-indigenous-peoples.pdf>.

¹⁴ La necessità di tenere conto di tale pluralità di fattori per ideare e attuare politiche efficaci di riduzione della vulnerabilità dei popoli indigeni è stata sottolineata da numerosi studi, tra cui AA.VV., *Indigenous Peoples and Climate Justice in the Arctic*, 2021, <https://gjia.georgetown.edu/2021/02/23/indigenous-peoples-and-climate-justice-in-the-arctic/>; P. AXELSSON, P. SKÖLD, *Indigenous Populations and Vulnerability. Characterizing Vulnerability in a Sami Context*, in *Annales de démographie historique*, 1, 2006, pp. 115-132; G. OVIEDO, A. FINCKE, *Indigenous people and climate change*, 2009, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2009/407009/EXPO-DROI_ET\(2009\)407009_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2009/407009/EXPO-DROI_ET(2009)407009_EN.pdf); L. ROCHA LEAL DA PAZ, K.C. GARCIA, *Vulnerability to Climate Change and Indigenous People in the Amazon Region*, in J.M. LUETZ, D. AYAL (a cura di), *Handbook of Climate Change Management*, Berlino, 2021, pp. 5189-5206.

rico, selvaggio¹⁵. La lingua comune a tutte le varie esperienze coloniali è stata quella del diritto, «considerata dall'Occidente come il suo più rispettato e prezioso mezzo di civilizzazione» e «anche il più vitale ed effettivo strumento di impero durante la conquista e la colonizzazione dei popoli non europei»¹⁶. Esso ha permesso di imporre la propria visione del mondo, basata sulle dicotomie superiorità/inferiorità e nazioni civilizzate (e civilizzatrici)/genti da civilizzare, con la conseguente previsione di due sistemi di norme giuridiche applicabili rispettivamente agli europei-cristiani e alle 'razze arretrate'¹⁷. Per esempio, la Francia distinse i 'cittadini' dagli 'abitanti perpetui'¹⁸. Il Parlamento della Provincia del Canada nel 1857 approvò una legge «per incoraggiare la graduale civilizzazione delle tribù indiane»¹⁹. È noto che la Chiesa cattolica esercitò da subito una grandissima influenza in tali vicende: basti ricordare le bolle papali emanate all'inizio delle scoperte geografiche e dell'espansione e colonizzazione europea e la partecipazione al dibattito sulla natura degli indigeni e sul conseguente statuto giuridico da riservare loro²⁰.

Tale origine della categoria 'popoli indigeni' spiega perché non ne esista una definizione universalmente accettata. L'impiego stesso di questa espressione è rifiutato da diversi gruppi: essendo stata imposta forzosamente dall'esterno, si comprende perché vi sia chi non si identi-

¹⁵ U. JOHANSSON DAHRE, *The International Discourse on Indigenous Peoples. A Compilation of Legal and Political Documents. Second revised edition*, Aarhus, 2020, pp. 16-22.

¹⁶ U. JOHANSSON DAHRE, *op. cit.*, p. 5. La traduzione è mia. Sul punto si veda anche R. AKANDE, *An Imperial History of Race-Religion in International Law*, in *The American Journal of International Law*, 1, 2024, pp. 7 e 11.

¹⁷ U. JOHANSSON DAHRE, *op. cit.*, pp. 16 e 52.

¹⁸ A. INGOGLIA, *A proposito di una recente Nota formale della Santa Sede in merito alla dottrina giuridica 'della scoperta'. Verso un revirement del tradizionale orientamento?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (https://www.statoe_chiese.it), 17, 2023, p. 62, nota 23.

¹⁹ Il testo dell'*Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians* è consultabile in <https://caid.ca/GraCivAct1857.pdf>. Cfr. anche A. INGOGLIA, *op. cit.*, pp. 70-71.

²⁰ Per approfondimenti su questi temi, rimandiamo al nostro volume *I popoli indigeni nel magistero della Chiesa cattolica: da minoranze vulnerabili a custodi della 'casa comune'*, Milano, 2024, pp. 23-112.

fichi come ‘indigeno’ (né ‘aborigeno’ o ‘nativo’, senza menzionare l’obsoleto ‘indiano’)²¹. In Canada, per esempio, molti preferiscono chiamarsi *First Nations*²².

3. Giustizia climatica, popoli indigeni e Chiesa cattolica

La sollecitudine della Chiesa cattolica nei confronti dei popoli indigeni, quali soggetti vulnerabili a causa dell’emergenza climatica e del degrado ambientale, è il frutto dello sviluppo e della convergenza di due percorsi di riflessione: uno sulla giustizia sociale (segnato dalla crescente attenzione, nel corso del tempo, verso diversi specifici aspetti della tutela di tali popolazioni, come il diritto al lavoro dignitoso)²³,

²¹ Osserva bene la Presidente di Emergency che «“[a]borigeno” e “indigeno” sono termini entrambi di origine latina. Sono dunque termini italiani, europei. Designano gli originari del luogo. Nessuno, però, chiama aborigeno o indigeno un parigino (o un milanese) per il fatto che sia parigino (o milanese) da sempre. Lo hanno notato anche gli estensori dei dizionari, e hanno riservato questi nomi per popolazioni che, in un territorio, preesistono alla cultura dominante (dominante nel momento in cui questi termini si impiegano). La cosa, detta così, può sembrare a prima vista bizzarra. In realtà, quest’impiego dei termini è comune e condiviso. Gli indigeni (gli aborigeni), nell’essere chiamati in questo modo, vengono – per dir così – isolati, circoscritti. Questi nomi suggeriscono l’idea di un po’ sbagliato, anacronistico, fuori posto; di folcloristico, se si vuol essere buoni e comprensivi. Gran cosa l’universalismo illuministico, per il quale nessun essere umano è straniero in nessuna parte del mondo. Ma ne è una grottesca caricatura l’idea che questo principio valga solo per qualcuno; che qualcun altro sia straniero anche dove è nato: ciò che chiamiamo appunto aborigeno, indigeno». T. SARTI, *Prefazione*, in AA.VV., *Dei diritti umani e territoriali dei popoli indigeni e tribali*, Milano, 2001, p. 2.

²² M.A. PETERS, C.T. MIKA, *Aborigine, Indian, indigenous or first nations?*, in *Educational Philosophy and Theory*, 13, 2017, pp. 1229-1234. Per un confronto delle *First Nations* canadesi con le popolazioni indigene negli Stati Uniti e i Sami, cfr. R. TONIATTI, J. WOELK (eds.), *Conference Proceedings. Indigenous Peoples’ Sovereignty and the Limits of Judicial and Legal Pluralism: American Tribes, Canadian First Nations and Scandinavian Sami Compared. International Conference. Trento, 24 and 25 October 2013*, Trento, 2014.

²³ Cfr. P. BECKETT, *Labour Rights and the Catholic Church. The International Labour Organisation, the Holy See and Catholic Social Teaching*, New York, 2021; A. ZARAGORI, *L’Organisation Internationale du Travail et les milieux chrétiens (1919-*

l'altro sulla questione ecologica. Tali prospettive si sono definitivamente saldate nell'“ecologia integrale” di Francesco, il quale ha promosso una nuova visione del rapporto tra giustizia climatica e popoli indigeni. Con la svolta impressa dal pontefice, essi sono visti non più solo come legittimi destinatari di misure di protezione anche rispetto all'ambiente in cui vivono, ma come custodi stessi della ‘casa comune’ e quindi assegnatari di un prezioso e insostituibile ruolo che trascende quello di (mero) soggetto vulnerabile.

Il magistero cattolico in tema di ecologia integrale si accorda con la nozione di giustizia climatica ma, al tempo stesso, è necessario distinguere rispetto ai movimenti di pensiero e di azione di orientamento secolare – che pure riconoscono gli assunti di cui sopra e perseguono alcuni dei medesimi lodevoli obiettivi²⁴ – mettendo in evidenza quali caratteri originali dell'insegnamento della Chiesa cattolica l'idea che l'ascolto della saggezza ancestrale è funzionale a una nuova inculturazione del Vangelo e, quindi, al perseguimento delle finalità specifiche della Chiesa cattolica, quali la promozione della sua missione evangelizzatrice²⁵.

1969), Tesi di dottorato depositata presso l'Università Jean Moulin di Lione, 2018, consultabile in <http://www.theses.fr/2018LYSE3084>.

²⁴ In numerose sedi si è parlato della vulnerabilità dei popoli indigeni di fronte all'emergenza climatica. Cfr. <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/climate-change.html>, e il rapporto commissionato dalla Direzione generale delle Politiche esterne dell'Unione europea (G. OVIEDO, A. FINCKE, *op. cit.*). Molti studi hanno anche messo in evidenza il ruolo positivo che essi possono avere nella gestione della crisi ambientale, sia per le conoscenze possedute, sia per l'uso responsabile delle risorse naturali. Cfr. tra gli altri N.J. TURNER, A.J. REID, “When the Wild Roses Bloom”: *Indigenous Knowledge and Environmental Change in Northwestern North America*, in *GeoHealth*, 11, 2022, pp. 1-21.

²⁵ Su questo punto, cfr. P. BENÍTEZ, *Querida Amazonia. Una primera lectura*, in *Scripta Theologica*, 52, 2020, p. 510. Le medesime osservazioni sono svolte, per quanto riguarda il concetto di ‘ecologia integrale’, da M. IMPERATORI, *A proposito di ecologia integrale. Alcune considerazioni teologiche*, in *Rassegna di Teologia*, 60, 2019, pp. 533-548.

3.1. Da Paolo VI a Benedetto XVI: inculturazione, conversione ecologica ed ecologia umana

Il punto di partenza più appropriato ci sembra «la profetica affermazione di Paolo VI del 1971, “Cristo ci indica l’Amazzonia”»²⁶, segno dell’apertura al mondo e alle culture contemporanee di un pontefice che compì nove viaggi nei cinque continenti. Fu infatti il primo papa a recarsi in America latina (in Colombia nel 1968), in Africa (in Uganda nel 1969) e in Oceania (in Australia nel 1970). Le sue visite, insieme alla rinnovata attenzione per lo sviluppo dei popoli e l’impegno per la giustizia e la pace promossi dal Concilio Vaticano II e l’insegnamento sociale di Leone XIII, Pio XI, Pio XII e Giovanni XXIII, furono i fattori ispiratori della lettera enciclica *Populorum progressio* del 26 marzo 1967 (nn. 1-5)²⁷, concepita però già nel settembre del 1964, periodo a cui risale la prima delle sette bozze del documento²⁸.

Esso cita i popoli indigeni in due brevi passaggi: il primo affronta il tema – più attuale che mai – del razzismo, di cui si riconosce che «non è appannaggio esclusivo delle nazioni giovani», ma si è manifestato anche durante l’epoca coloniale, «tra coloni e indigeni, creando ostacoli a una feconda comprensione reciproca e provocando rancori che sono la conseguenza di reali ingiustizie» (n. 63). Il secondo, più significativo, tratta dell’opera dei missionari, sottolineandone, oltre alle luci, anche qualche ombra:

Insegnando agli indigeni il modo onde trarre miglior profitto dalle loro risorse naturali, li hanno spesso protetti dall’avidità degli stranieri. Senza dubbio la loro opera, per quel che v’è in essa di umano, non fu perfetta, e poté capitare che taluni mischiassero all’annuncio dell’autentico messaggio evangelico molti modi di pensare e di vivere propri del loro

²⁶ Cit. in L. CAPUZZI, *Disimparare e rimparare con i popoli. La sfida della Conferenza dell’Amazzonia*, 19 agosto 2023, <https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/disimparare-e-rimparare-con-i-popoli-la-sfida-de>.

²⁷ Per alleggerire le note da ripetitivi rimandi a lunghi link di siti internet, segnaliamo che, ove non diversamente indicato, i documenti pontifici qui citati sono consultabili in <https://www.vatican.va>.

²⁸ M.R. HEIDT, *Development, Nations, and “The Signs of the Times”: the Historical Context of Populorum Progressio*, in *Journal of Moral Theology*, 1, 2017, p. 6.

paese d'origine. Ma seppero anche coltivare le istituzioni locali e promuoverle. In parecchie regioni, essi sono stati i pionieri del progresso materiale come dello sviluppo culturale. Basti ricordare l'esempio del padre Carlo de Foucauld, che fu giudicato degno d'esse chiamato, per la sua carità, il "Fratello universale", e al quale si deve la compilazione di un prezioso dizionario della lingua tuareg (n. 12).

Questo passaggio si può collegare a quella che Garancini individua come una delle 'parole-chiave' del pontificato: inculturazione, nell'auspicio di «un adattamento [...] della vita cristiana a valori umani e forme caratteristiche di cultura»²⁹, in virtù del quale una persona dell'Africa o dell'Asia può essere cattolica e rimanere pienamente africana o asiatica, diversamente da quanto avveniva in passato quando – richiamando le parole stesse di Paolo VI – «una conoscenza insufficiente delle ricchezze nascoste di diverse civiltà ha potuto ostacolare la diffusione del messaggio evangelico, e dare alla Chiesa un certo volto straniero»³⁰.

Il pontefice ebbe l'occasione di rivolgersi direttamente ai popoli indigeni durante il pellegrinaggio apostolico in Asia orientale e Oceania del 1970. Nel *Discorso ai promotori di attività umane e sociali*, tenuto a Sydney il 2 dicembre, egli si rivolse ai «discendenti dei primi abitanti dell'Australia», affermando di sapere che «voi avete uno stile di vita proprio al vostro genio etnico, ossia alla vostra cultura: una cultura che la Chiesa rispetta e alla quale essa non vi domanda affatto di rinunciare». Dichiarò infatti che essi, «come tutte le altre minoranze etniche», avevano «tutti i diritti umani e civili, in tutto pari a quelli della maggioranza, come pure [...] certi doveri e certi obblighi». Queste affermazioni, pur attente ai popoli indigeni, li consideravano nondimeno ancora come una tra le altre minoranze etniche³¹. Al tempo stesso, il pontefice

²⁹ G. GARANCINI, *Il senso di Paolo VI per la storia. «Il mondo per noi diventa libro»*, in C. CARDIA, R. BENIGNI, *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI. Il Papa della modernità giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, Roma, 2018, p. 113.

³⁰ Cit. in G. GARANCINI, *op. cit.*, p. 113.

³¹ Sul punto, cfr. M. STOGRE, *That the World May Believe. The development of Papal Social Thought on Aboriginal Rights*, Sherbrooke, 1992, p. 162. Per un quadro generale sul tema, cfr. F. CIANCI, *La promozione e la tutela dei diritti delle minoranze*

volle chiarire («tuttavia, deve essere chiaro – e Noi vogliamo sottolinearlo») che il bene comune, al quale armonizzare le loro attività «in uno spirito di fratellanza e di collaborazione, a vantaggio della società» di appartenenza, non avrebbe mai dovuto «servire da pretesto legale per nuocere ai positivi valori del vostro particolare modo di vita. La società stessa è arricchita dalla presenza di differenti elementi culturali ed etnici».

Questa medesima prospettiva emerge nell'esortazione apostolica *Evangelii nuntiandi* dell'8 dicembre 1975, dove si è affermata la necessità di evangelizzare le culture dell'uomo «non in maniera decorativa, a somiglianza di vernice superficiale, ma in modo vitale, in profondità e fino alle radici». Paolo VI ha precisato che né il Vangelo né, quindi, l'evangelizzazione si identificano con la cultura: essi «sono indipendenti rispetto a tutte le culture». Tuttavia, gli uomini sono «profondamente legati a una cultura, e la costruzione del Regno non può non avvalersi degli elementi della cultura e delle culture umane». Identificando il dramma dell'epoca nella «rottura tra Vangelo e cultura», ha incitato a indirizzare gli sforzi verso «una generosa evangelizzazione della cultura, più esattamente delle culture» (n. 20). Il nuovo rispetto per la pluralità delle culture umane ha costituito una grande differenza rispetto alla tendenza dal XIII al XIX secolo, quando ai convertiti si chiedeva non solo l'adesione a una nuova fede ma anche l'adozione della cultura occidentale – indebolendo così la ricezione del Vangelo in molte delle maggiori culture del mondo, e facendo inoltre perdere alla Chiesa universale un'occasione di arricchimento³².

L'esortazione apostolica ha poi sottolineato «l'annuncio della salvezza liberatrice» non solo e non tanto «da tutto ciò che opprime l'uomo», ma soprattutto «dal peccato e dal Maligno» (n. 9). Al tempo stesso, «l'evangelizzazione non sarebbe completa se non tenesse conto del reciproco appello, che si fanno continuamente il Vangelo e la vita concreta, personale e sociale, dell'uomo» (n. 29). Ha ricordato quindi il «messaggio di liberazione» pronunciato da «numerosi Vescovi», soprattutto «del Terzo Mondo», portando la voce

nell'insegnamento della dottrina sociale della Chiesa, in *Ricerche sociali*, 20, 2013, pp. 133-154.

³² M. STOGRE, *That the World May Believe. The development of Papal Social Thought on Aboriginal Rights*, cit., p. 169.

di milioni di figli della Chiesa che formano quei popoli. Popoli impegnati, Noi lo sappiamo, con tutta la loro energia, nello sforzo e nella lotta di superare tutto ciò che li condanna a restare ai margini della vita: carestie, malattie croniche, analfabetismo, pauperismo, ingiustizia nei rapporti internazionali e specialmente negli scambi commerciali, situazioni di neo-colonialismo economico e culturale talvolta altrettanto crudele quanto l'antico colonialismo politico. La Chiesa, hanno ripetuto i Vescovi, ha il dovere di annunciare la liberazione di milioni di esseri umani, essendo molti di essi figli suoi; il dovere di aiutare questa liberazione a nascere, di testimoniare per essa, di fare sì che sia totale. Tutto ciò non è estraneo all'evangelizzazione (n. 30).

Tale concetto di liberazione esclude la violenza e deve consistere nello sforzo «di suscitare numerosi cristiani che si dedichino alla liberazione degli altri» e di offrire loro «una ispirazione di fede, una motivazione di amore fraterno, un insegnamento sociale» da tradurre «concretamente in categorie di azione, di partecipazione e di impegno», aiutandoli «ad evitare l'ambiguità che riveste troppo spesso la parola "liberazione" nelle ideologie, nei sistemi o nei gruppi politici» (n. 38).

Una parte significativa dell'insegnamento di Paolo VI sui diritti umani, riferito a tutti gli uomini, ha offerto spunti importanti anche per la questione indigena: l'enfasi sulla cultura, la promozione di una misologia radicata nell'inculturazione e il rispetto della libertà religiosa³³ hanno fornito sostegno ai popoli autoctoni impegnati nella lotta a difesa

³³ Sebbene per ragioni di spazio non sia possibile approfondire questa tematica, si deve almeno menzionare l'influenza primaria sugli sviluppi del magistero concernente i popoli indigeni avuta dalla «ristrutturazione costituzionale» della Chiesa, secondo l'espressione di Fantappiè, operata dal Concilio Vaticano II (C. FANTAPPIÈ, *Chiesa, codificazione e modernità. La discussione dal Vaticano II a oggi*, in *Cristianesimo nella storia*, 2, 2017, p. 442). Il carattere rivoluzionario della Dichiarazione sulla libertà religiosa *Dignitatis humanae* del 7 dicembre 1965 è bene evidenziato dalla sua travagliata gestione. Cfr. G. SALVINI, *La «Dignitatis Humanae». La libertà religiosa in Paolo VI*, in *La Civiltà Cattolica*, 3784, 2008, pp. 338-348. Ricordiamo inoltre il documento su *La Chiesa e i diritti dell'uomo* elaborato dalla Pontificia Commissione «Iustitia et Pax» in occasione del XXV anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani. Il testo è consultabile in https://www.clerus.org/clerus/dati/2011-07/23-13/Diritti_umani.pdf. Sulla questione più generale del proselitismo presso i popoli indigeni, cfr. M. RAMSTEDT, *Religious Proselytization of Indigenous Peoples*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2022, pp. 389-411.

della loro esistenza nel mondo moderno. Questa riflessione è stata portata a maturazione nel pontificato di Giovanni Paolo II³⁴.

Il termine ‘inculturazione’, come è stato osservato, è entrato «ufficialmente e stabilmente nel magistero anche pontificio» con l’esortazione apostolica *Catechesi tradendae* del 16 ottobre 1979³⁵. Nella lettera enciclica *Redemptoris missio* del 7 dicembre 1990, il pontefice affermò che, mediante l’attività missionaria,

la chiesa incontra varie culture e viene coinvolta nel processo d’inculturazione. È, questa, un’esigenza che ne ha segnato tutto il cammino storico, ma oggi è particolarmente acuta e urgente. Il processo di inserimento della chiesa nelle culture dei popoli richiede tempi lunghi: non si tratta di un puro adattamento esteriore, poiché l’inculturazione “significa l’intima trasformazione degli autentici valori culturali mediante l’integrazione nel cristianesimo e il radicamento del cristianesimo nelle varie culture” (n. 52).

In molti discorsi rivolti alla Chiesa in Africa, parlò specificamente di africanizzazione³⁶. Nelle esortazioni apostoliche post-sinodali *Ecclesia in Africa* del 14 settembre 1995, *Ecclesia in America* del 22 gennaio 1999, *Ecclesia in Asia* del 6 novembre dello stesso anno ed *Ecclesia in Oceania* del 22 novembre 2001, oltreché nel *Discorso agli aborigeni e agli isolani dello Stretto di Torres nel «Blatherskite Park»* del 29 novembre 1986, Giovanni Paolo II correlò il concetto di inculturazione specificamente ai popoli indigeni.

La questione ecologica fu trattata già nella sua prima lettera enciclica, pubblicata a pochi mesi dalla sua elezione (*Redemptor hominis* del 4 marzo 1979), in cui il pontefice menzionò «la minaccia di inquinamen-

³⁴ M. STOGRE, *Aboriginal Rights, the Church, and Social Justice*, 2015, p. 10, <https://wp.stu.ca/wp-content/uploads/sites/25/2015/08/22-February-1999-Aboriginal-Rights-The-Church-and-Social-Justice-Father-Michael-Stogre-S.J..pdf>; ID., *That the World May Believe. The development of Papal Social Thought on Aboriginal Rights*, cit., p. 167.

³⁵ G. BONI, *Il Codex Iuris Canonici e le culture*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), 2009, pp. 2-3.

³⁶ Cfr. L. LECIS, *L’africanizzazione della Chiesa. L’Africa da terra di missione a missionaria*, in *Rivista dell’Istituto di Storia dell’Europa Mediterranea*, 11, 2013, pp. 70-74.

to dell'ambiente naturale nei luoghi di rapida industrializzazione» (n. 8) e quella posta dallo «sfruttamento per scopi non soltanto industriali, ma anche militari» e dallo «sviluppo della tecnica non controllato né inquadrato in un piano a raggio universale ed autenticamente umanistico», che alienano l'uomo

nei suoi rapporti con la natura, lo distolgono da essa. L'uomo sembra spesso non percepire altri significati del suo ambiente naturale, ma solamente quelli che servono ai fini di un immediato uso e consumo. Invece, era volontà del Creatore che l'uomo comunicasse con la natura come "padrone" e "custode" intelligente e nobile, e non come "sfruttatore" e "distruttore" senza alcun riguardo (n. 15).

Nella lettera enciclica *Sollicitudo rei socialis* del 30 dicembre 1987, nel ventesimo anniversario della *Populorum progressio*, Giovanni Paolo II ribadì la «preoccupazione ecologica», individuabile nella «maggiore consapevolezza dei limiti delle risorse disponibili» e nella «necessità di rispettare l'integrità e i ritmi della natura e di tenerne conto nella programmazione dello sviluppo», sacrificato «a certe concezioni demagogiche dello stesso» (n. 26)³⁷. Essa fu reiterata nella lettera enciclica *Centesimus annus*, pubblicata il 1° maggio 1991 nel centenario della *Rerum novarum*.

Alla radice dell'insensata distruzione dell'ambiente naturale c'è un errore antropologico, purtroppo diffuso nel nostro tempo. L'uomo, che scopre la sua capacità di trasformare e, in un certo senso, di creare il mondo col proprio lavoro, dimentica che questo si svolge sempre sulla base della prima originaria donazione delle cose da parte di Dio (n. 37).

Accanto «all'irrazionale distruzione dell'ambiente naturale», il pontefice ricordava «quella, ancor più grave, dell'ambiente umano», lamentando il poco impegno «per salvaguardare le condizioni morali di un'autentica "ecologia umana"»³⁸, e sottolineando la necessità di prestare «la debita attenzione ad un'"ecologia sociale" del lavoro» (n. 38), di «limitare lo spreco delle risorse ambientali ed umane» e di permette-

³⁷ Cfr. anche M. STOGRE, *That the World May Believe. The development of Papal Social Thought on Aboriginal Rights*, cit., pp. 174-175.

³⁸ In corsivo nel testo originale.

re «a tutti i popoli ed uomini della terra di averne in misura sufficiente» (n. 52).

A Giovanni Paolo II si deve il primo uso dell'espressione 'conversione ecologica', ripresa e resa popolare dalla *Laudato si'* di Francesco. Nel *Discorso in occasione dell'udienza generale* del 17 gennaio 2001, affermò la necessità di

stimolare e sostenere la 'conversione ecologica', che in questi ultimi decenni ha reso l'umanità più sensibile nei confronti della catastrofe verso la quale si stava incamminando. L'uomo non più 'ministro' del Creatore. Ma autonomo despota, sta comprendendo di doversi finalmente arrestare davanti al baratro.

Sottolineò inoltre che non era in gioco

solo un'ecologia 'fisica', attenta a tutelare l'habitat dei vari esseri viventi, ma anche un'ecologia 'umana' che renda più dignitosa l'esistenza delle creature, proteggendone il bene radicale della vita in tutte le sue manifestazioni e preparando alle future generazioni un ambiente che si avvicini di più al progetto del Creatore.

Al pontificato di Giovanni Paolo II risalgono i primi riferimenti al rapporto rispettoso tra popoli indigeni e natura. Nel corso del primo viaggio apostolico in Canada, nel *Discorso alle popolazioni indigene e agli Inuit* del 10 settembre 1984 al Santuario di S. Anne de Beaupré, il pontefice affermò che essi, nel corso dei secoli, avevano progressivamente scoperto nelle loro culture dei modi propri di vivere la loro relazione con Dio e con il mondo. Egli sottolineò che, come queste comunità erano state arricchite dal Vangelo, così lo era stata la Chiesa dalle «qualità spirituali e [dai] doni che sono propri alle vostre culture». Tra i valori morali e spirituali che Giovanni Paolo II li invitava a continuare a coltivare vi era «il rispetto della natura». Nel *Messaggio radiotelevivo alle popolazioni autoctone del Canada* del 18 settembre, Giovanni Paolo II dichiarò che i popoli indigeni erano stati «chiamati a un compito di grande responsabilità e ad essere un dinamico esempio dell'uso appropriato della natura», in particolare «in un tempo in cui l'inquinamento e il deterioramento ambientale minacciano la terra».

Sono seguiti i discorsi pronunciati nel viaggio apostolico negli Stati Uniti e in Canada del 1987, come quello agli Amerindi al Memorial Coliseum di Phoenix del 14 settembre, in cui il pontefice ha definito i popoli indigeni «i nobili discendenti di innumerevoli generazioni di abitanti di questa terra, i cui costumi erano caratterizzati da un grande rispetto per le risorse naturali di terre e fiumi, di foreste e pianure e deserti»³⁹. Nel successivo *Discorso alle popolazioni indigene del Canada* del 20 settembre, Giovanni Paolo II, richiamando la *Populorum Progressio*, ha sostenuto che non è progresso umano quello che persegue il benessere materiale a scapito della crescita religiosa: i valori autentici della civiltà di ogni popolo non possono quindi «essere sacrificati a considerazioni di ordine materiale»⁴⁰; ha poi aggiunto: «cosa ne sarebbe della “vita” dei popoli Indiani, Inuit e Metis se [...] non considerassero più la terra e i suoi beni come affidati loro dal Creatore?», gettando così i semi dell’idea dei popoli indigeni come custodi della ‘casa comune’, che verrà pienamente sviluppata nel pontificato di Francesco. A questo discorso è seguita la messa: durante l’omelia, il pontefice ha affermato che le popolazioni indigene devono affrontare la prova decisiva di promozione dei valori religiosi, culturali e sociali che ne sosterranno la dignità umana e ne garantiranno il benessere futuro, quali la «visione spirituale della creazione che esige la cura e la protezione dell’ambiente con senso di responsabilità». Questo e altri «aspetti tradizionali del vostro modo di vivere devono essere salvaguardati e tenuti in grande considerazione». A questo riguardo, vi è chi ha sostenuto che la crescente sensibilità mostrata dalla Chiesa ha permesso di fondare il diritto dei nativi alla terra non più solo sull’argomento tradizionale per cui sono stati i primi a occuparla e usarla, ma anche sul diritto a vivere, inteso non come sopravvivenza bensì come preservazione dei modi di vita e della cultura tradizionali⁴¹.

Anche la citata *Chiesa in Oceania* ha elaborato questo tema: quella parte del mondo ha «grande bellezza naturale, ed è riuscita a conservare aree che rimangono inviolate. La regione offre a tutt’oggi ai popoli indigeni un luogo per vivere in armonia con la natura e vicendevolmente

³⁹ Il corsivo nel testo originale.

⁴⁰ In corsivo nel testo originale.

⁴¹ M. STOGRE, *Aboriginal Rights, the Church, and Social Justice*, cit., p. 11.

tra di loro». Gli esseri umani hanno il compito di «curare, preservare e coltivare i tesori della creazione», affidata a loro da Dio: pertanto, «il mondo naturale non è semplicemente una risorsa da essere sfruttata, ma anche una realtà da essere rispettata ed anche venerata quale dono». Nondimeno, «la bellezza naturale dell'Oceania non è sfuggita ai danni dello sfruttamento umano». Per questa ragione, i «Padri del Sinodo hanno esortato i governi e i popoli dell'Oceania a proteggere questo ambiente prezioso per le generazioni presenti e future» e a gestire responsabilmente l'Oceano Pacifico, che contiene più di metà delle risorse idriche della terra, per l'intera umanità: «[i]l buono stato di salute di questo e di altri oceani è cruciale per il benessere dei popoli, non soltanto in Oceania ma anche in ogni parte del mondo» (n. 31).

Delle tematiche sopra trattate, Benedetto XVI ha sviluppato in particolare quella dell'ecologia umana. Nel *Messaggio per la celebrazione della XL Giornata mondiale della pace* del 1° gennaio 2007, il pontefice collegò l'«ecologia della pace» a quella della natura, accanto alla quale vi è

un'ecologia che potremmo dire “umana”, la quale a sua volta richiede un’“ecologia sociale”. E ciò comporta che l'umanità, se ha a cuore la pace, debba tenere sempre più presenti le connessioni esistenti tra l'ecologia naturale, ossia il rispetto della natura, e l'ecologia umana. L'esperienza dimostra che *ogni atteggiamento irrispettoso verso l'ambiente reca danni alla convivenza umana*, e viceversa. Sempre più chiaramente emerge un nesso inscindibile tra la pace con il creato e la pace tra gli uomini. L'una e l'altra presuppongono la pace con Dio⁴².

La nozione di ecologia umana è stata richiamata nella lettera enciclica *Caritas in veritate* sullo sviluppo umano integrale nella carità e nella verità del 29 giugno 2009, rispetto alla connessione tra «degrado della natura» e

cultura che modella la convivenza umana: quando l'«ecologia umana» è rispettata dentro la società, anche l'ecologia ambientale ne trae beneficio. Come le virtù umane sono tra loro comunicanti, tanto che l'indebolimento di una espone a rischio anche le altre, così il sistema ecologico

⁴² In corsivo nel testo originale.

si regge sul rispetto di un progetto che riguarda sia la sana convivenza in società sia il buon rapporto con la natura (n. 51)⁴³.

Ricordiamo infine il *Messaggio per la celebrazione della XLIII Giornata mondiale della pace* del 1° gennaio 2010, il cui *Leitmotiv* è stata la massima «se vuoi la pace, custodisci il creato»⁴⁴. Anche queste riflessioni confluiranno nel pensiero sviluppato da Francesco e, in particolare, nella nozione di ecologia integrale⁴⁵.

3.2. *Francesco e i popoli indigeni come custodi della 'casa comune'*

Secondo Spadaro, Francesco maturò il proprio pensiero sui popoli indigeni negli anni in cui fu Arcivescovo di Buenos Aires e Presidente della Conferenza episcopale argentina. Esso si è poi evoluto sino a giungere alla piena consapevolezza della ricchezza che tali popolazioni offrono e della necessità di valorizzarla.

Con la *Laudato si'* e la convocazione del Sinodo per l'Amazzonia questo interesse è giunto a dare i suoi frutti migliori. Se è importante riflettere sul pensiero di Francesco, [...] è utile mettere in rilievo i quattro elementi frutto della riflessione del pontefice nei suoi anni argentini: il superamento dell'individualismo, l'importanza del ritmo del tempo per le culture indigene, la visione integrata e interconnessa di «Dio-uomo-mondo», l'integrazione delle culture indigene in vista di una identità condivisa⁴⁶.

La *Laudato si'*, com'è noto, verte sulla «sfida urgente di proteggere la nostra casa comune», la quale deve «unire tutta la famiglia umana

⁴³ In corsivo nel testo originale. Per approfondimenti, cfr. C. MACCARI, “*L’ecologia umana*” della Caritas in veritate. Ripensare la natura a partire dall’uomo, in *Convivium Assisiense*, 1, 2011, pp. 53-73.

⁴⁴ Per approfondimenti, si veda M.M. MORCIANO, *Joseph Ratzinger. Benedetto XVI. Per una ecologia dell’uomo. Antologia di testi*, Roma, 2012.

⁴⁵ J. BUJAK, *L’“ecologia integrale” e la cura per le popolazioni indigene alla luce del documento di lavoro Instrumentum laboris del Sinodo amazzonico*, in *Forum Teologiczne*, 21, 2020, p. 102, nota 5.

⁴⁶ A. SPADARO, *La ricchezza dei popoli indigeni*, 7 ottobre 2019, <https://www.laciviltacattolica.it/news/la-ricchezza-dei-popoli-indigeni/>.

nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale» (n. 13)⁴⁷. Nel primo capitolo descrive «quello che sta accadendo alla nostra casa», minacciata da inquinamento, cambiamenti climatici, esaurimento delle risorse naturali (tra cui il preziosissimo bene dell'acqua), perdita di biodiversità, deterioramento della qualità della vita umana e degradazione sociale, iniquità planetaria. Alla luce di questi problemi, si comprende perché la *Laudato si'* definisca la 'casa comune' «nostra» e solleciti «tutta la famiglia umana», e non solo i cattolici, a impegnarsi per la sua salvaguardia.

Un concetto centrale dell'enciclica è quello di 'ecologia integrale'. Già Giovanni Paolo II aveva manifestato una preoccupazione per la distruzione dell'ambiente naturale e, insieme, umano, mentre Benedetto

⁴⁷ Un esame dettagliato esula dagli scopi di questo contributo. Per maggiori approfondimenti, cfr. G.L. BOFF, A. ZANOTELLI, G. GIRAUD, C. GIACCARDI, M. MAGATTI, G. COSTA, *Curare madre terra. Commenti all'enciclica Laudato si' di papa Francesco*, Bologna, 2015; L. DE GREGORIO, *Laudato si': per un'ecologia autenticamente cristiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), 41, 2016, pp. 1-33; G. GIRAUD, P. ORLIANGE, *Laudato si' e Obiettivi di sviluppo sostenibile: una convergenza da affinare*, in *Aggiornamenti sociali*, 2017, pp. 497-507; J.I. KUREETHADAM (a cura di), *Cura della casa comune. Introduzione a Laudato si' e sfide e prospettive per la sostenibilità*, Roma, 2015; ID., *I dieci comandamenti verdi della "Laudato si'"*, Torino, 2016; *Laudato si'. Lettera enciclica sulla cura della casa comune. Testo integrale e commento de «La Civiltà Cattolica»*. Introduzione di Antonio Spadaro, Milano, 2015; P. MALAVASI, C. GIULIODORI (a cura di), *Ecologia Integrale. Laudato si'. Ricerca, formazione, conversione*, Milano, 2016; S. MORANDINI, *Laudato si'. Un'enciclica per la terra*, Assisi, 2015; G. NOTARSTEFANO (a cura di), *Abiterai la Terra. Commento all'enciclica Laudato si' con il testo integrale di papa Francesco*, Roma, 2015; E. PALLADINO (a cura di), *Approfondimenti e riflessioni sulla Laudato si'*, Roma, 2017; U. SARTORIO, *Tutto è connesso. Percorsi di ecologia integrale nella Laudato si'*, Bologna, 2015; M. TIGANO, *The Encyclical Letter "Laudato si'" between sustainable development and integral ecology*, in G. ZILAHY (a cura di), *Sustainability in Transforming Societies. Proceedings of the 26th Annual Conference of the International Sustainable Development Research Society*, Budapest, 2020, pp. 881-886; H.M. YÁÑEZ (a cura di), *Laudato si'. Linee di lettura interdisciplinari per la cura della casa comune*, Roma, 2017. Sulle implicazioni economiche, cfr. R. COPPOLA, *Urgenza climatica e ambientale, usurocrazia e debito dei paesi poveri*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), 7, 2024, pp. 1-10; L. DIBILIO, *Ecologia integrale secondo la "Laudato si'" e la fiscalità circolare*, in *Diritto & Religioni*, 2, 2019, pp. 251-268.

XVI aveva approfondito la riflessione sull'ecologia umana. Questa eredità è ripresa da Francesco, che integra saldamente la crisi ecologica nella questione della giustizia sociale. Con la *Laudato si'*, la conversione ecologica è definitivamente incorporata nella dottrina sociale della Chiesa, che si appella, come sottolineato, non solo ai fedeli ma all'intera umanità, perché tutti gli esseri umani abitano la Terra, e invita a riconoscere che la società ha fallito riguardo alla questione ambientale. È necessario «rendersi conto che esiste un'unica crisi sociale e ambientale e rendere operativo l'impegno per un'ecologia integrale in tutte le sue dimensioni: sociale, politica, umana, ambientale, culturale»⁴⁸.

Janusz Bujak ha osservato che la nozione di 'ecologia integrale' «consiste in una combinazione di tre questioni: la crisi ecologica, la crisi economica e la situazione delle popolazioni indigene in diverse parti del mondo»⁴⁹. La *Laudato si'* invita a «prestare speciale attenzione alle comunità aborigene con le loro tradizioni culturali». Queste non sono «una semplice minoranza tra le altre, ma piuttosto devono diventare i principali interlocutori». Non considerano la terra «un bene economico, ma un dono di Dio e degli antenati che in essa riposano, uno spazio sacro» con cui interagiscono «per alimentare la loro identità e i loro valori» e di cui meglio si prendono cura. In molte parti del mondo, però, subiscono pressioni «affinché abbandonino le loro terre e le lascino libere per progetti estrattivi, agricoli o di allevamento che non prestano attenzione al degrado della natura e della cultura» (n. 146).

A queste situazioni viene contrapposto il modello di sviluppo sostenibile promosso in alcune località, dove per esempio nascono «cooperative per lo sfruttamento delle energie rinnovabili che consentono l'auto-sufficienza locale e persino la vendita della produzione in eccesso». Si cita questo caso per sottolineare che, se a livello mondiale ci si mostra impotenti «ad assumere responsabilità, l'istanza locale può fare la differenza». Localmente emerge, infatti, «una maggiore responsabilità, un forte senso comunitario, una speciale capacità di cura e una creatività più generosa, un profondo amore per la propria terra, come pure il pen-

⁴⁸ A. SPADARO, M. LÓPEZ OROPEZA, *Quattro criteri per vivere bene il tempo del Sinodo per l'Amazzonia*, in *La Civiltà Cattolica*, 4063, 2019, p. 71.

⁴⁹ J. BUJAK, *op. cit.*, p. 100. Cfr. anche G. COSTA, P. FOGLIZZO, *L'ecologia integrale*, in *Aggiornamenti sociali*, 8-9, 2015, pp. 541-548.

sare a quello che si lascia ai figli e ai nipoti». Si tratta di valori che in particolare «hanno radici molto profonde nelle popolazioni aborigene» (n. 179).

«Laudato si'» sono anche tra le prime parole che Francesco pronuncia all'incontro con i popoli dell'Amazzonia nel suo *Discorso* del 19 gennaio 2018 a Puerto Maldonado, durante il viaggio apostolico in Cile e in Perù. La visita a Puerto Maldonado è stata «un momento particolarmente felice nel viaggio difficile ed insidioso» del Pontefice, in cui questi ha «compreso bene» le «complessità» date dalla «fatica del dialogo, dell'inculturazione» e da «una certa difficoltà di relazionarsi con la spiritualità delle religioni autoctone» che, anche dopo il Concilio Vaticano II, la Chiesa «ha continuato a mostrare»⁵⁰. Il discorso è stato aperto con la lode al Signore «per quest'opera meravigliosa dei popoli amazzonici e per tutta la biodiversità che queste terre racchiudono». Il pontefice ha visto nei volti dei presenti «un'enorme ricchezza biologica, culturale, spirituale», e una saggezza e una conoscenza di cui «[q]uanti non abitiamo queste terre abbiamo bisogno [...] per poterci addentrare, senza distruggerlo, nel tesoro che racchiude questa regione». Il suo «canto di lode si spezza» però nell'ascolto e nella visione delle «profonde ferite che porta con sé l'Amazzonia e i suoi popoli», e nella necessità di «riaffermare un'opzione sincera per la difesa della vita, per la difesa della terra e per la difesa delle culture». La minaccia ai «popoli originari dell'Amazzonia [...] nei loro territori» probabilmente non è mai stata così attuale, essendo proveniente non solo da «il neo-estrattivismo e la forte pressione da parte di grandi interessi economici che dirigono la loro avidità sul petrolio, il gas, il legno, l'oro, le monoculture agro-industriali», ma anche «dalla perversione di certe politiche che promuovono la “conservazione” della natura senza tenere conto dell'essere umano e, in concreto, di voi fratelli amazzonici che la abitate»⁵¹, rendendo le risorse naturali inaccessibili e costringendo a migrare.

⁵⁰ P. LARESE, *Il papa e i popoli dimenticati*, 13 febbraio 2018, <https://confronti.net/2018/02/il-papa-ed-i-popoli-dimenticati>.

⁵¹ Il conflitto tra protezione dell'ambiente e tutela dei diritti umani, anche dei popoli indigeni, è messo bene in luce in G. SAJEVA, *op. cit.*, pp. 525-551.

Francesco ha affermato con forza che è necessario «rompere il paradigma storico che considera l'Amazzonia come una dispensa inesauribile degli Stati senza tener conto dei suoi abitanti» e che è «imprescindibile compiere sforzi per dar vita a spazi istituzionali di rispetto, riconoscimento e dialogo con i popoli nativi», promuovendo un «dialogo interculturale» in cui siano i popoli indigeni «i principali interlocutori, soprattutto nel momento in cui si procede con grandi progetti» che coinvolgono lo spazio in cui vivono. In un passaggio successivo, il pontefice ribadisce che essi «non possono mai essere considerati una minoranza, ma autentici interlocutori». Egli ha visto con speranza le iniziative esistenti che «cercano di fare in modo che gli stessi popoli originari e le comunità siano i custodi delle foreste, e che le risorse prodotte dalla loro conservazione ritornino a beneficio» delle loro famiglie, perché migliorino le loro condizioni di vita, di salute e di istruzione. Si tratta di un «buon agire», che «è in sintonia con le pratiche del “buon vivere”» (il *buen vivir* d'ora in poi richiamato frequentemente). Le comunità indigene sono «un grido rivolto alla coscienza di uno stile di vita che non è in grado di misurare i suoi costi» e «memoria viva della missione che Dio ha affidato a tutti noi: avere cura della casa comune». Questo passaggio segna un'evoluzione: anche Giovanni Paolo II aveva parlato del rapporto rispettoso che esse avevano con l'ambiente. Con l'introduzione del concetto di 'casa comune' e l'instaurazione di un dialogo privilegiato con popolazioni – che, come osservato, non sono semplicemente una tra le altre minoranze, bensì i principali interlocutori – queste iniziano ad assumere il ruolo di custodi della 'casa comune': tale funzione non è svolta in via esclusiva, poiché «tutta la famiglia umana» è corresponsabile della cura del pianeta in cui ognuno di noi abita⁵².

⁵² Diversi studi hanno sottolineato il contributo positivo che la spiritualità africana può offrire alla crisi ecologica. Il padre gesuita Marcel Uwineza ha individuato le seguenti risorse: l'idea del 'cordone ombelicale' che lega esseri umani e natura in un rapporto di interdipendenza; la credenza diffusa in molte culture africane che Dio è connesso ma, al tempo stesso, trascende il creato; la solidarietà; l'influenza del tema biblico dell'Alleanza; l'importanza dei modelli di comportamento che possono consolidare buone pratiche; ultimo ma non meno importante, il rispetto per il creato. Cfr. M. UWINEZA, *Crisi ecologica e spiritualità. Il contributo dell'Africa*, in *La Civiltà Cattolica*, 4008, 2017, pp. 524-531.

Nel prosieguo del discorso, il pontefice ha affermato che «[l]a difesa della terra non ha altra finalità che non sia la difesa della vita» secondo la prospettiva dell'ecologia integrale. L'estrazione illegale non causa solo inquinamento ambientale, ma alimenta anche «la tratta di persone: la mano d'opera schiavizzata e l'abuso sessuale». È espressa preoccupazione anche

per la vita dei più indifesi. Sto pensando ai popoli denominati “Popoli Indigeni in Isolamento Volontario” (PIAV). Sappiamo che sono i più vulnerabili tra i vulnerabili. Il retaggio di epoche passate li ha obbligati a isolarsi persino dalle loro stesse etnie, iniziando una storia di reclusione nei luoghi più inaccessibili della foresta per poter vivere in libertà. Continuate a difendere questi fratelli più vulnerabili. La loro presenza ci ricorda che non possiamo disporre dei beni comuni al ritmo dell'avidità e del consumo.

Il discorso pronunciato a Puerto Maldonado è segno di una sensibilità crescente nei confronti dell'Amazzonia a cui, stando alla testimonianza del cardinale Cláudio Hummes, il pontefice iniziò a interessarsi solo nel 2007 ad Aparecida, dove si svolsero i lavori della V Conferenza generale dell'episcopato latinoamericano e dei Caraibi da lui presieduti. Prima, per Bergoglio, era «una realtà molto distante. Come un mondo fantastico»⁵³. Non è difficile comprenderne le ragioni: si tratta un'area immensa che copre il 43% dell'America meridionale. Il bacino del Rio delle Amazzoni, con 1200 affluenti, si estende in ben otto paesi (Bolivia, Brasile, Colombia, Guyana, Ecuador, Perù, Suriname e Venezuela) e nel dipartimento d'oltremare della Guyana francese, e contiene un terzo delle riserve forestali primarie, il 20% di acqua dolce non congelata e il 40% delle specie di fauna e flora del mondo. In esso vivono 34 milioni di persone, di cui tre milioni di indigeni appartenenti a oltre 390 gruppi, di cui 137 vivono in isolamento volontario o senza contatti esterni. Le lingue parlate sono 240 e appartengono a 49 diverse famiglie linguistiche⁵⁴. Il culmine di tale attenzione è stata l'Assemblea spe-

⁵³ A. SPADARO, *Verso il Sinodo sull'Amazzonia. Intervista al card. Cláudio Hummes*, in *La Civiltà Cattolica*, 4054, 2019, p. 355.

⁵⁴ P.R. BARRETO, *Sinodo per l'Amazzonia e diritti umani. Popoli, comunità e Stati in dialogo*, in *La Civiltà Cattolica*, 4058, 2019, pp. 107-108; J. ZANARDINI, *Il mondo*

ziale del Sinodo dei Vescovi per la regione panamazzoneica, convocata da Francesco il 15 ottobre 2017 al fine di

trovare nuove vie per l'evangelizzazione di quella porzione del popolo di Dio, in particolare le persone indigene, spesso dimenticate e senza la prospettiva di un futuro sereno, anche a causa della crisi della foresta amazzonica, polmone di fondamentale importanza per il nostro pianeta⁵⁵.

Il Documento preparatorio *“Amazzonia: nuovi cammini per la Chiesa e per una ecologia integrale”* dell'8 giugno 2018 ha avviato la consultazione su tali temi mediante la predisposizione di un questionario indirizzato ai vescovi, e preceduto da un testo diviso in tre parti, ciascuna dedicata a uno specifico metodo: ‘vedere’, ‘discernere’ e ‘agire’. La regione di interesse è la Panamazzoneica, «l'insieme dei territori che si estendono oltre il solo bacino dei fiumi»⁵⁶, «un luogo insostituibile» nella nostra ‘casa comune’ e «un territorio di fondamentale importanza per il futuro del pianeta»⁵⁷. L'introduzione ha precisato che, pur trattando di un territorio specifico, le considerazioni del Sinodo si protendono «verso la Chiesa universale e anche verso il futuro di tutto il pianeta», potendo concernere anche «altri biomi essenziali del mondo: il bacino del Congo, il corridoio biologico mesoamericano, i boschi tropicali del Pacifico asiatico, il bacino acquifero Guaranì, fra gli altri»⁵⁸. Si è anche specificato che, nel testo, i termini ‘indigeni’, ‘aborigeni’ e ‘popoli originari’ sono usati indistintamente.

indigeno nella prospettiva del Sinodo Amazzonico, in *Religioni e società*, 100, 2021, pp. 119-120.

⁵⁵ Cfr. <http://secretariat.synod.va/content/sinodoamazonico/it/sinodo-panamazzoneico/il-sinodo-per-l-amazzonia.html>. Cfr. anche M. CZERNY, D. MARTÍNEZ DE AGUIRRE GUINEA, *Perché l'Amazzonia merita un sinodo*, 12 settembre 2019, <https://www.laciviltacattolica.it/news/perche-lamazzoneica-merita-un-sinodo/>.

⁵⁶ Nota 2. Questo e i successivi documenti citati sono consultabili in <http://secretariat.synod.va/content/synod/it/assemblee-general/assemblea-speciale-panamazzoneica--amazzoneica--nuovi-cammini-per-l.html>.

⁵⁷ C. HUMMES, *La protezione dell'Amazzonia e dei suoi popoli nativi*, in *Concilium*, 5, 2018, p. 135.

⁵⁸ Sull'uso dell'espressione ‘bioma’, si vedano le considerazioni di S. BERLINGÒ, *L'esercizio episcopale dell'economia/dispensa e Querida Amazonia*, in *Stato, Chiese e*

Questi sono tendenzialmente considerati in una duplice prospettiva: vulnerabilità e custodia dell'ambiente. La prima è determinata dal re-taggio del passato (rapporti di sottomissione che hanno generato un circolo vizioso di povertà e abuso di alcolici e stupefacenti, e che continuano a minacciare la loro identità), a cui si aggiungono i «nuovi colonialismi» con i correlati problemi di sfruttamento indiscriminato delle risorse naturali e degrado ambientale, che obbligano a migrare e causano ulteriore marginalizzazione (nn. 2-5 e 9)⁵⁹. Quanto alla seconda, si ribadisce che le comunità di raccoglitori e cacciatori sono custodi della foresta e delle sue risorse (n. 2, reiterato al n. 3); i popoli indigeni dell'Amazzonia – come si era già affermato nel *Discorso* a Puerto Maldonado – sono memoria viva della missione affidata da Dio, che è la cura della 'casa comune' (n. 6); i popoli «che abitano questi luoghi [sono] da riconoscere come loro autentici custodi» (n. 9). Non si tratta di un compito affidato loro in via esclusiva, bensì di una promozione dei loro saperi coerentemente integrata nel concetto chiave di ecologia integrale, che a sua volta è strettamente legato a quello di evangelizzazione, definita come un processo che «non può prescindere dalla promozione e dalla cura del territorio (natura) e dei suoi popoli (culture)» (n. 9). Questa posizione si esplicita nelle affermazioni secondo cui la creazione è un «dono» e «riflesso della sapienza» del Logos Creatore che l'affidò agli esseri umani affinché la custodissero (n. 7), e il sacramento del battesimo, che sottolinea l'importanza dell'acqua in quanto sorgente di vita, «responsabilizza la comunità credente a custodire questo elemento come dono di Dio per tutto il pianeta», e così anche quello dell'eucaristia, che «ci orienta ad essere custodi di tutto il creato» (n. 10). Se tale

pluralismo confessionale, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), 2, 2021, pp. 1-3.

⁵⁹ Come è stato osservato, «una comunità abituata a vivere di pesca, di caccia e di agricoltura – risorse fornite da ciò che si trova nel suo ambiente naturale –, viene obbligata a fare proprio un nuovo modello di vita in cui bisogna comprare il cibo con denaro difficile da procurarsi (soprattutto se si considera la situazione di depressione economica e la disoccupazione locale), adattarsi all'idea del lavoro salariato entro uno schema di gestione del tempo estraneo alla cultura di quelle popolazioni, e vivere in case collocate in un contesto sconosciuto e aggressivo, contrassegnato dalla terra arida e dall'asfalto». Cfr. A. PERAZA, *Amazzonia e diritti umani*, in *La Civiltà Cattolica*, 4045, 2019, p. 54.

compito, dunque, non è prerogativa esclusiva dei popoli indigeni, sono i loro insegnamenti a poter indicare il modo migliore di compierlo. Essi, nell'amore per la propria terra e nel modo in cui si relazionano con gli ecosistemi, «conoscono il Dio Creatore, sorgente di vita», e «con le proprie sofferenze conoscono il Cristo sofferente». Per questo essi hanno molto da insegnare ed «è necessario che tutti ci lasciamo evangelizzare da loro» (n. 13).

L'*Instrumentum laboris* del 17 giugno 2019 è stato il frutto, come afferma il documento stesso, del processo iniziato con la visita del Pontefice a Puerto Maldonado e continuato con il ricordato *Documento preparatorio* «e un ampio sondaggio tra le comunità amazzoniche» (n. 1). A tal proposito, il cardinale Barreto ha sottolineato l'«esperienza inedita per un Sinodo speciale», per cui «assemblee, forum tematici e dibattiti» hanno permesso la partecipazione di più di 87.000 persone dei paesi interessati⁶⁰. Il documento è diviso in tre parti. Nella prima, intitolata *La voce dell'Amazzonia*, che «ha lo scopo di presentare la realtà del territorio e dei suoi popoli» (n. 4), si ribadisce la condanna per la violazione dei diritti e la perdita della cultura e dell'identità dei popoli indigeni (nn. 14-15). L'Amazzonia è definita «luogo della proposta del “buon vivere”, della promessa e della speranza di nuovi cammini di vita» (n. 24). Si riconosce che «[i] popoli amazzonici originari hanno molto da insegnarci», essendosi presi cura per migliaia di anni e avendo preservato le terre, le foreste e le acque «affinché l'umanità possa beneficiare della gioia dei doni gratuiti della creazione di Dio» (n. 29). I nuovi cammini di evangelizzazione sono posti in dialogo proprio con l'insieme delle «sapienze ancestrali in cui si manifestano semi del Verbo» (n. 29). La scoperta della «presenza incarnata e attiva di Dio» inter alia «nella spiritualità dei popoli originari» e «nelle espressioni della religiosità popolare» costituisce per la Chiesa una grande occasione (n. 33)⁶¹. Al n. 39 si precisa però che tale rispetto «non significa relativizzare le proprie convinzioni, ma riconoscere altre vie che cercano di svelare l'inesauribile mistero di Dio».

⁶⁰ P.R. BARRETO, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁶¹ Sul punto, cfr. A.A. DOS SANTOS, *Spiritualità indigena dell'Amazzonia e cura della «Casa comune»*, in *La Civiltà Cattolica*, 4057, 2019, pp. 13-22.

La seconda parte è dedicata all'*Ecologia integrale: il grido della terra e dei poveri* e contiene una riflessione ecologica e pastorale. In essa si ringraziano i «popoli originari per la cura del territorio nel tempo» e si afferma di apprezzare la «saggezza ancestrale che costituisce la base per una buona comprensione dell'ecologia integrale» (n. 104, lett. i), come pure la loro cosmovisione (nn. 95 e 127) e il loro «senso integrale della vita non inquinato dal materialismo economico» (n. 84). I rituali e cerimonie indigene «sono essenziali per la salute integrale perché integrano i diversi cicli della vita umana e della natura» (n. 87). Si osserva che in tali comunità vi sono persone che «si specializzano nell'osservazione della natura, nell'ascolto e nella raccolta di conoscenze dagli anziani, specialmente dalle donne» (n. 88), e che è necessario «valorizzare la medicina tradizionale, la saggezza degli anziani e i rituali indigeni» (n. 89), al pari del «metodo di insegnamento-apprendimento basato sulla tradizione orale e sulla pratica esperienziale, che ha un processo pedagogico contestualizzato in ogni fase» (n. 96). I popoli indigeni sono «interlocutori indispensabili» per la cura dell'Amazzonia (n. 49). Non è solo una questione di fatti (la constatazione che sono stati loro a curarne i territori), ma anche «delle cosmologie, delle spiritualità e delle teologie», con le nozioni «di giustizia e di comunicazione intergenerazionale, che include la trasmissione dell'esperienza ancestrale», centrali nella cura della 'casa comune' (n. 50). I suggerimenti che il documento propone includono l'integrazione della teologia indigena con l'ecoteologia (n. 98, lett. b, 1) e il suo insegnamento in tutte le istituzioni educative (n. 98, lett. c, 3); l'approfondimento della «teologia india amazzonica già esistente, che permetterà una migliore e maggiore comprensione della spiritualità indigena per evitare di commettere gli errori storici che hanno travolto molte culture originarie» (n. 98, lett. d, 1)⁶²; il riconoscimento dell'agente pastorale della Chiesa particolare come ministero speciale per la promozione della cura della 'casa comune' (n. 104, lett. k). Al riguardo va ribadito che nello svolgimento di tale

⁶² Per un'introduzione generale alla teologia 'india' o 'indigena' – che appartiene alla famiglia delle teologie contestuali (di liberazione, indiana, africana, nera, femminista e così via), con cui condivide la critica alla matrice occidentale-coloniale, cfr. M. OPAS, *Constituting De-Colonizing Horizons: Indigenous Theology, Indigenous Spirituality and Christianity*, in *Religious Studies and Theology*, 1, 2017, pp. 79-104.

compito i popoli indigeni hanno un ruolo speciale, ma non esclusivo. L'*Instrumentum laboris* sottolinea che «[l]e comunità consultate si aspettano che la Chiesa si impegni nella cura della Casa Comune e dei suoi abitanti» (n. 118) e che occorre lavorare insieme per questo obiettivo (n. 139, lett. a)).

La problematica ecclesiologica e pastorale è svolta nella terza parte, dal titolo *Chiesa profetica in Amazonia: sfide e speranze*, che richiama il fine dell'inculturazione e il bisogno che le Chiese amazzoniche locali siano plasmate culturalmente dai popoli indigeni (n. 107).

L'*Instrumentum laboris* non è stato esente da critiche, concernenti lo scarso approfondimento delle questioni dell'evangelizzazione e della cura pastorale dei popoli autoctoni, rispetto alla grande attenzione riservata agli aspetti culturali, ecologici, sociali ed economici; la visione ottimistica e idealizzata che emerge dalla descrizione degli indigeni, che non farebbe che riproporre lo stereotipo del 'buon selvaggio' che abita in un paradiso terrestre; la lontananza con il modello biblico dell'uomo che ha peccato e ha bisogno di essere salvato; in sintesi, la preoccupazione per la sottovalutazione dell'annuncio della salvezza portato da Gesù Cristo e la grande valorizzazione degli elementi culturali e spirituali indigeni non cristiani⁶³.

Tra il 6 il 27 ottobre 2019 si è svolto a Roma il Sinodo panamazzonico, il cui *Documento finale "Amazonia: nuovi cammini per la Chiesa e per una ecologia integrale"* è stato approvato il giorno 26. Il testo, che ha valore di magistero ordinario sinodale⁶⁴ e racchiude gli esiti del «lungo cammino sinodale di ascolto del Popolo di Dio nella Chiesa amazzonica» (n. 1), è articolato in cinque capitoli, di cui il primo invita alla conversione integrale, e gli altri sono dedicati a nuovi cammini di conversione, rispettivamente pastorale, culturale, ecologica e sinodale.

Temi centrali sono la drammatica situazione in cui versa la regione e il collegamento tra scomparsa del territorio e quella dei popoli autoctoni da un lato (nn. 2 e 45-47) e tra la difesa dei loro modi di vita tradizionali e quella dell'ambiente dall'altro (nn. 9, 11, 32, 71 e 79). Si af-

⁶³ J. BUJAK, *op. cit.*, pp. 105-107.

⁶⁴ F. DE GIORGI, *Quale sinodo per la chiesa italiana? Dieci proposte*, 2021, p. 10, https://www.viandanti.org/website/wp-content/uploads/2021/02/De-Giorgi_Dieci-proposte.pdf.

ferma che il pensiero degli indigeni «offre una visione integratrice della realtà, capace di comprendere le molteplici connessioni esistenti tra tutto il creato» (n. 44). Questo rapporto va inserito in una più ampia ottica di evangelizzazione: la pastorale indigena ha una sua specificità e vi è l'urgenza di assegnarle un suo proprio spazio nella Chiesa, la quale deve intraprendere un cammino per acquisire un «volto indigeno, contadino» (n. 27), ma deve anche saper rispondere alla realtà nei centri urbani, sviluppando quindi una «pastorale indigena della città» (n. 37). Viene inoltre valutata la possibilità di «studiare per proporre come arricchire i riti ecclesiali con il modo in cui questi popoli si prendono cura del loro territorio e si relazionano con le sue acque» (n. 119). Si riafferma il rifiuto di

un'evangelizzazione in stile colonialista. Annunciare la Buona Novella di Gesù implica riconoscere i germi del Verbo già presenti nelle culture. L'evangelizzazione che oggi proponiamo per l'Amazzonia è l'annuncio inculturato che genera processi di interculturalità, processi che promuovono la vita della Chiesa con un'identità e un volto amazzonico (n. 55).

In questa prospettiva si collocano anche i riferimenti alle teologie indie (n. 54) e all'opportunità che queste siano incluse nel piano formativo dei futuri presbiteri in Amazzonia (n. 108)⁶⁵. L'obiettivo, come sottolineato da Spadaro, è quello del passaggio da una Chiesa «“indigenista”, che considera gli indigeni come oggetto di pastorale» a una «“indigena”, che considera gli indigeni come protagonisti della propria esperienza di fede», cioè «soggetto di evangelizzazione»⁶⁶.

Sulla cura della 'casa comune', il *Documento finale* ribadisce che l'impegno a essere custodi dell'opera di Dio spetta a tutti (nn. 17-18, 66

⁶⁵ Sull'Amazzonia come 'nuovo luogo teologico', cfr. V. CODINA, *Dal Rio delle Amazzoni al Tevere. Note da un Sinodo speciale*, in *La Civiltà Cattolica*, 4066, 2019, pp. 396-397.

⁶⁶ A. SPADARO, *Il Sinodo per l'Amazzonia. Un affresco per la «casa comune»*, in *La Civiltà Cattolica*, 4065, 2019, pp. 211-212. Tra i suoi frutti, va almeno menzionata la Conferenza Ecclesiale dell'Amazzonia, sulla quale rimandiamo ad A. FABBRI, *La Conferenza Ecclesiale dell'Amazzonia: un modello di sinodalità inclusiva*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 10, 2022, pp. 1-6.

e 74), ma si riconosce il ruolo delle comunità amazzoniche, custodi di un tesoro naturale immenso (par. 73) da tempo immemorabile:

per migliaia di anni quelle comunità si sono prese cura della loro terra, delle loro acque e delle loro foreste, e sono riuscite a preservarle fino ad oggi affinché l'umanità possa godere dei doni gratuiti della creazione di Dio. I nuovi cammini di evangelizzazione devono essere costruiti in dialogo con queste conoscenze fondamentali (n. 14).

L'intento di promuovere in Amazzonia una cultura della cura della 'casa comune' (nn. 65, 70, 73 e 93) richiede inter alia la «formazione di agenti di comunicazione autoctoni, soprattutto indigeni», i quali non si configurano solo «interlocutori privilegiati per l'evangelizzazione e la promozione umana sul territorio» ma contribuiscono anche attivamente «a diffondere la cultura del buon vivere e della cura del creato» (n. 60), come pure la creazione di ministeri speciali per la cura del territorio e delle acque insieme alle comunità indigene (nn. 79 e 82).

Da ultimo, va menzionata l'esortazione apostolica post-sinodale *Querida Amazonia* del 12 febbraio 2020⁶⁷ che, come afferma Francesco stesso, non intende sviluppare «tutte le questioni abbondantemente esposte nel Documento conclusivo», bensì offrire una sintesi «di alcune grandi preoccupazioni» già manifestate in altre sedi (n. 2). In essa Francesco ha condiviso quattro sogni sull'Amazzonia: sociale, culturale, ecologico ed ecclesiale. Nel primo, gli indigeni diventano protagonisti e instaurano un dialogo tra le diverse popolazioni «per trovare forme di comunione e di lotta comune». Il secondo è «capace di scardinare la logica colonialista»⁶⁸. Riguardo al terzo, il pontefice ha ribadito che la

⁶⁷ P. BENÍTEZ, *op. cit.*, pp. 499-511; A. COMITO (a cura di), *La Querida Amazonia. Prospettiva di una nuova Cristianità*, Roma, 2021; B. LESOING, *Les ministères dans Querida Apostolica*, in *Nouvelle Revue Théologique*, 4, 2020, pp. 592-605; R. LUCIANI, «Querida Amazonia». *La emergencia de una hermenéutica genético-inductiva y la inculturación teológico-cultural de la doctrinal*, in *Razón y Fe*, 1446, 2020, pp. 41-55; A. SPADARO, «Querida Amazonia». *Commento all'Esortazione apostolica di papa Francesco*, in *La Civiltà Cattolica*, 4073, 2020, pp. 462-476. Cfr. anche <https://www.la.civiltacattolica.it/articolo/commento-alla-esortazione-apostolica-di-papa-francesco-querida-amazonia/>.

⁶⁸ A. SPADARO, «Querida Amazonia». *Commento all'Esortazione apostolica di papa Francesco*, cit., p. 466.

cura della ‘casa comune’ è una missione che Dio ha affidato a tutti, ma di cui i popoli indigeni in particolare sono «memoria viva» (n. 19), anche perché «quando rimangono nei loro territori, sono quelli che meglio se ne prendono cura» (n. 42). In questa prospettiva globale, osserva che il loro *buen vivir* ha molto da insegnarci (n. 71) e che «l’interesse ad avere cura dei valori culturali dei gruppi indigeni dovrebbe appartenere a tutti, perché la loro ricchezza è anche la nostra» (n. 37). Infatti, la cura delle persone è inseparabile da quella degli ecosistemi (n. 42). Infine, nel sogno ecclesiale, la parola chiave è inculturazione⁶⁹. Sui problemi che quest’ultima pone, la *Querida Amazonia* ha affermato che l’accolgimento del Vangelo da parte di una comunità ne trasforma la cultura, ma anche la Chiesa stessa «si arricchisce di ciò che lo Spirito aveva già misteriosamente seminato in quella cultura», palesandole «nuovi aspetti della Rivelazione e regalandole un nuovo volto» (n. 68). Viene ricordato che «la fede cristiana si è diffusa mirabilmente seguendo questa logica, che le ha permesso, a partire da una matrice ebraica, di incarnarsi nelle culture greca e romana e di assumere al suo passaggio differenti modalità». Ora «l’Amazzonia ci sfida a superare prospettive limitate» e a «cercare vie più ampie e coraggiose di inculturazione»: «la via d’uscita si trova per “traboccamento”, transcendendo la dialettica che limita la visione per poter riconoscere così un dono più grande che Dio sta offrendo» (n. 105)⁷⁰.

4. Osservazioni conclusive

La discriminazione storica, le violazioni dei diritti umani e le forme di esclusione sociale e politica dei popoli indigeni rendono loro più difficile la gestione di una crisi che, come ha sottolineato in particolare il *Documento finale* del Sinodo panamazzonico del 2019, è alimentata da forti interessi economici e politici e causa una distruzione non solo del-

⁶⁹ A. SPADARO, “*Querida Amazonia*”. *Commento all’Esortazione apostolica di papa Francesco*, cit., p. 469.

⁷⁰ Per una disamina del termine ‘traboccamento’ come chiave di lettura dell’esortazione apostolica, cfr. D. FARES, *Il cuore di «Querida Amazonia»*. «Traboccare mentre si è in cammino», in *La Civiltà Cattolica*, 4074, 2020, pp. 532-546.

la natura ma anche della cultura, identità, pratiche quotidiane e coesione sociale di intere comunità, alimentando migrazioni forzate. Nell'«era della perdita e del danno», così chiamata nella riflessione teologica del padre gesuita Leonard Chiti⁷¹, la Chiesa cattolica ribadisce che l'unica soluzione profonda e duratura alla crisi in atto è l'integrazione delle questioni di giustizia sociale nei dibattiti sull'ambiente.

La giustizia climatica si situa nella dottrina della prospettiva integrale di Papa Francesco come funzionale alla valorizzazione della persona umana quale creatura di Dio a prescindere dal credo di ognuno. Così, proteggere i popoli indigeni, con il loro patrimonio di conoscenze, vuol dire concorrere alla salvaguardia della biodiversità assicurando la sopravvivenza della specie umana del suo complesso. La prospettiva cattolica della cura della 'casa comune' non si limita però a vedere tali comunità meramente come soggetti vulnerabili destinatari, quasi passivi, di misure di tutela, ma si arricchisce di una fondamentale dimensione di *empowerment*, assegnando loro il ruolo – naturalmente non esclusivo, ma comunque ben più attivo – di custodi del creato nell'ottica della missione evangelizzatrice della Chiesa.

Questa prospettiva caratterizza anche i movimenti di pensiero e di azione secolari che si occupano di giustizia climatica e di popoli indigeni, da cui però l'insegnamento della Chiesa cattolica si differenzia per il suo riconoscimento del ruolo che l'ascolto della saggezza ancestrale dei popoli indigeni può avere nella prospettiva dell'inculturazione e nell'individuazione di nuovi cammini di evangelizzazione.

⁷¹ L. CHITI, *Responding to the Signs of the Times: A Theological Reflection on Loss and Damage*, 2022, https://www.jesuits.africa/wp-content/uploads/2022/09/Responding_to_the_Signs_of_the_Times_-_A_Theological_Reflection_on_Loss_and_Damage_original.pdf.

LES VULNÉRABILITÉS OCÉANIQUES FACE AU CHANGEMENT CLIMATIQUE

L'AVIS CONSULTATIF DU TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER SUR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE ET LE DROIT INTERNATIONAL

*Odile Delfour Samama**

SOMMARIO: 1. Une lecture combinée des normes internationales venant en appui à l'obligation générale de protéger le milieu marin des effets du changement climatique. 1.1. L'obligation de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin causée par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre. 1.1.1. L'inclusion des gaz à effet de serre dans la définition de la pollution marine. 1.1.2. L'identification des obligations à la charge des États de prévenir, maîtriser et réduire les émissions de gaz à effet de serre. 1.2. L'obligation de conserver le milieu marin menacé par le changement climatique. 1.2.1. La protection de la biodiversité marine. 1.2.2. La conservation des ressources halieutiques. 2. Une précision, parfois prudente, de principes juridiques issus du droit international de l'environnement. 2.1. Une obligation de diligence due que le TIDM vient préciser. 2.2. L'approche de précaution, une valeur juridique encore incertaine.

Résumé

Le 21 mai 2024, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) a rendu à l'unanimité un avis consultatif reconnaissant que les États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) avaient des obligations spécifiques de protéger les océans des effets du réchauffement climatique. Le contenu de ces obligations est éclairé par certaines règles extérieures, notamment les conventions climatiques. Le TIDM n'en affirme pas moins l'autonomie des deux régimes juridiques dont les règles viennent en appui les unes aux autres. Le TIDM rappelle que ces obligations sont des obligations de diligence due. En raison des effets particulièrement dommageables du changement climatique sur les océans, la diligence doit être ici particulièrement éle-

* Maître de Conférences HDR Centre de droit maritime et océanique Nantes Université.

vée. Le Tribunal apparaît plus prudent s'agissant de la valeur juridique du principe de précaution.

Abstract

On May 21 2024, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) issued a unanimous advisory opinion on States' obligations to protect and preserve the oceans from climate change impacts within the framework of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). The content of these obligations is informed by 'external rules', such as international climate treaties. While the Paris Agreement and UNCLOS are complementary, they are distinct agreements with separate sets of obligations. ITLOS emphasized that these obligations are due diligence obligations. ITLOS asserted that the standard of due diligence must be stringent and high due to the deleterious effects of climate change on the oceans. However, the Tribunal seems more cautious when it comes to clarify the legal status of the precautionary approach.

Riassunto

Il 21 maggio 2024, il Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) ha emesso all'unanimità un parere consultivo che riconosce che gli Stati parte della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) hanno obblighi specifici di proteggere gli oceani dagli effetti del riscaldamento globale. Il contenuto di questi obblighi è chiarito da alcune norme esterne, in particolare le convenzioni sul clima. L'ITLOS afferma tuttavia l'autonomia dei due regimi giuridici, le cui norme si sostengono a vicenda. L'ITLOS sottolinea che questi obblighi sono obblighi di diligenza. A causa degli effetti particolarmente dannosi del cambiamento climatico sugli oceani, la diligenza deve essere particolarmente elevata in questo caso. Il Tribunale appare più cauto sul valore giuridico del principio di precauzione.

Le 21 mai 2024, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) a rendu à l'unanimité un avis consultatif très attendu quant aux obligations des États Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) de protéger les océans des effets du réchauffement climatique¹. L'avis participe, ce faisant, au mouvement de juridiction-

¹ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, avis consultatif, 21 mai 2024, affaire n°31, (ci-après, l'Avis).

nalisation de la question climatique. Après la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 avril 2024² et la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies du 22 septembre 2022 dans l'affaire *Insulaires du détroit de Torres*³, ce sera à la Cour internationale de Justice (CIJ) de rendre prochainement un avis sur les obligations des États de limiter le réchauffement climatique et sur leurs responsabilités face aux dommages causés par celui-ci⁴. Dans la même ligne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a été saisie par le Chili et la Colombie, en janvier 2023, pour préciser les obligations des États face à l'urgence climatique.

En l'espèce, l'avis rendu est consécutif à la saisine du TIDM, le 12 décembre 2022, par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (COSIS). La COSIS est une organisation internationale composée de neuf membres⁵, tous États Parties à la CNUDM, qui a été instituée par un traité conclu et entré en

² *Affaire Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, CEDH (requête 53600/20).

³ Human Rights Committee, *Daniel Billy et al.*, 21 juillet 2022, CCPR/C/135/D/3624/2019. C'était la première fois qu'un organe des Nations Unies estimait qu'un État, en l'occurrence l'Australie, avait violé le droit international des droits humains en raison d'une politique climatique inadéquate. C'est également la première décision reconnaissant que la culture des peuples autochtones est menacée par les effets du changement climatique. Sur cette question, voir, F. AUMOND, *Changements climatiques, droits humains et droits des autochtones. Autour des constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire Daniel Billy et autres contre Australie* (21 juillet 2022), in *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2023, 41, pp. 161-173, halshs-04100983.

⁴ Requête pour avis consultatif transmise à la Cour en vertu de la résolution 77/276 de l'Assemblée générale du 29 mars 2023 intitulée *Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les obligations des États à l'égard des changements climatiques*.

⁵ La Commission est composée de Antigua-et-Barbuda, Tuvalu, la République des Palaos, Nioué, la République de Vanuatu et Sainte Lucie, États originaires. Ils ont ensuite été rejoints par Saint-Vincent-et-les Grenadines, Saint Christophe (Saint-Kitts) et Nevis et le Commonwealth des Bahamas.

vigueur le 31 octobre 2021⁶. L'adhésion à la COSIS est ouverte à tous les membres de l'Alliance des petits États insulaires (AOSIS) qui compte, parmi ses membres, trente-neuf États côtiers et insulaires de faible altitude. Or, ce sont ces États qui sont le plus vulnérables aux effets du changement climatique, ce que reconnaît d'ailleurs très clairement le Préambule de l'Accord COSIS lui-même⁷. Cette vulnérabilité est plurielle: écologique, dans un premier temps puisque l'élévation du niveau de la mer qui est un des effets, parmi tant d'autres, du réchauffement climatique, menace à la fois le littoral confronté à un risque accru de submersion, les habitats côtiers, notamment les mangroves, les marais salants et les herbiers marins alors même qu'ils participent à l'absorption du dioxyde de carbone. En outre, ce phénomène dont les manifestations deviennent visibles, va continuer à produire ses effets dans le temps. Selon les dernières évaluations du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), le taux moyen d'élévation du niveau de la mer ne cesse d'augmenter. De l'ordre de 1,3 mm par an entre 1901 et 1971 il a atteint 3,7 mm par an entre 2006 et 2018⁸. Il restera en outre élevé pendant des siècles en raison de la poursuite du réchauffement des eaux profondes et de la fonte des calottes glaciaires⁹. Faute de réductions drastiques des émissions anthropiques de gaz à effet de serre, c'est également la vie des populations dont la subsistance et l'identité culturelle dépendent des écosystèmes marins qui est remise en cause en raison de la salinisation des sols, de l'érosion côtière, de l'intensité accrue des tempêtes et des inondations. Si tous les États côtiers sont touchés par le phénomène, les petits États insulaires de basse altitude apparaissent particulièrement exposés. Outre les répercussions négatives de l'élévation du niveau de la mer sur le secteur agricole et les infrastructures côtières, l'augmentation continue des températures de l'océan accélère aussi le blanchiment et le dépérisse-

⁶ D. FREESTONE, R. BARNES, P. AKHAVAN, *Agreement for the Establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (COSIS)*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2022, 37, 1, pp. 166-178.

⁷ "Alarmed by the catastrophic effects of climate change which threaten the survival of Small Island States, and in some cases, their very existence".

⁸ IPCC, *Climate Change 2023, Synthesis Report, Summary for Policymakers*, p. 5.

⁹ IPCC, *op. cit.*, p. 18.

ment des coraux. Or, les récifs coralliens, en plus de leur rôle de barrière naturelle contre les cyclones et les tempêtes, abritent une biodiversité très riche et jouent un rôle essentiel dans le maintien de la production halieutique. Les données scientifiques et les modélisations actuelles prévoient que la majorité des récifs coralliens tropicaux et subtropicaux, en particulier ceux qui se trouvent dans les eaux peu profondes, connaîtront un blanchiment annuel d'ici 2050 et perdront à terme toute fonction en tant que sources de biens et de services¹⁰. Du fait de conditions de vie de plus en plus difficiles, les habitants de ces territoires n'auront d'autre choix que de s'exiler privant ces petits États insulaires de leur population et dans un futur qui n'a plus rien d'hypothétique, de leur territoire englouti par la mer. Se posera alors la question du devenir de l'État en tant qu'entité juridique et du maintien ou non des espaces maritimes qui étaient auparavant sous sa souveraineté ou sa juridiction¹¹.

¹⁰ AGNU, Résumé de la première évaluation mondiale intégrée du milieu marin, A/70/112, p. 22.

¹¹ Depuis 2018, des travaux sont en cours au sein de la Commission du droit international sur le sujet de l'élévation du niveau de la mer au regard du droit international, <https://legal.un.org/ilc/summaries/summaries.shtml>. La doctrine, très abondante, notamment la doctrine anglo-saxonne, s'est quant à elle, saisie de la question dès 1990. Sur cette question, voir *inter alia*: D-D. CARON, *When Law Makes Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level*, in *Ecology Law Quarterly*, 1990, 17, 4, pp. 621-653; R. CRAWFORD, R. RAYFUSE, *Climate Change and Statehood*, in R. RAYFUSE, S-V. SCOTT (dir.), *International Law in the Era of Climate Change*, Camberley, 2012, pp. 243-253; M. GAGAIN, *Climate Change, Sea Level Rise and Artificial Islands: Saving the Maldives' Statehood and Maritime Claims through the "Constitution of the Oceans"*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2012, 23, pp. 79-118; V. BLANCHETTE-SÉGUIN, *Élévation du niveau de la mer et frontières maritimes: les États possèdent-ils des droits acquis sur leur territoire submergé?*, in *Revue québécoise de droit international*, 2013, 26-2, pp. 1-23; A. POWERS, C. STUCKO, *Introducing the Law of the Sea and the Legal Implications of Rising Sea Levels*, in M.-B. GERRARD, G.-E. WANNIERS (dir.), *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, New York, Cambridge University Press, 2013, pp. 123-140; D. WONG, *Sovereignty Sunk? The Position of 'Sinking States' at International Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, 14, pp. 346-347; L. YAMAMOTO, M. ESTEBAN, *Atoll Island States and International Law: Climate Change Displacement and Sovereignty*, Berlin-Heidelberg, 2013; A.-G. JAIN, *The 21st Century Atlantis: The International Law of Statehood and Climate*

En avant-poste de ces enjeux écologiques, sociaux et juridiques, la Commission COSIS a donc demandé au TIDM, sur le fondement de l'article 2-2 de l'Accord, d'identifier les obligations particulières des États Parties à la CNUDM, notamment en vertu de la Partie XII de :

prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin eu égard aux effets nuisibles qu'a ou peut avoir le changement climatique, notamment sous l'action du réchauffement des océans et de l'élévation du niveau de la mer, et de l'acidification des océans, qui sont causés par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans l'atmosphère?
protéger et préserver le milieu marin eu égard aux incidences du changement climatique, notamment le réchauffement des océans et l'élévation du niveau de la mer, et l'acidification des océans?

Une fois l'affaire enrôlée, le Tribunal a, conformément à l'article 133-3 du Règlement invité les États Parties, la Commission et les organisations intergouvernementales à présenter des exposés écrits. C'est à ce titre que 34 États et 8 organisations intergouvernementales ont soumis leurs observations. En revanche, le Tribunal a refusé la demande de plusieurs organisations non gouvernementales d'intervenir en qualité d'*amicus curiae* mais selon une pratique maintenant éprouvée, a accepté que leur mémoire soit transmis et rendu accessible dans une section séparée. La procédure a donc connu un assez franc succès sans doute consécutif à la prise de conscience que les conséquences du changement climatique sur les mers et les océans sont globales et n'épargne-

Change-Induced Loss of Territory, in *Stanford Journal of International Law*, 2014, 50, 1, pp. 3-51; J. JEANNENEY, *L'Atlantide. Remarques sur la submersion de l'intégralité du territoire d'un État*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, 118, 1, pp. 95-130; C. BLANCHARD, *Evolution or Revolution? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise*, in *Canadian Year Book of International Law*, 2016, 53, pp. 66-118; D. FREESTONE, D. VIDAS, A.-T. CAMPRUBI, *Sea Level Rise and Impacts on Maritime Zones and Limits. The Work of the ILA Committee on International Law and Sea Level Rise*, in *The Korean Journal of International and Comparative Law*, 2017, 5, 1, pp. 5-35; D. VIDAS, D. FREESTONE, *Legal Certainty and Stability in the Face of Sea Level Rise: Trends in the Development of State Practice and International Law Scholarship on Maritime Limits and Boundaries*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 37, 2022, pp. 1-53.

ront, à terme, aucun État, même ceux dépourvus de façade maritime. Amené à se prononcer sur sa propre compétence, le TIDM, s'appuyant sur l'interprétation qu'il avait déjà faite de l'article 21 de son Statut et de l'article 138 du Règlement dans son avis consultatif suite à la demande soumise par la Commission sous-régionale des pêches (avis consultatif CSRP)¹² et estimant que les questions posées avaient un «rapport de connexité suffisant avec le but de l'Accord COSIS»¹³, a accepté de répondre aux deux questions qui lui étaient posées. Dans un second temps, pour justifier l'opportunité de rendre un tel avis, le TIDM s'est fondé sur la reconnaissance, au plan international, que le changement climatique est devenu une préoccupation commune de l'humanité mais également sur le constat des conséquences dévastatrices d'un tel changement sur les petits États insulaires considérés, à juste titre, comme les plus vulnérables à ses effets alors même qu'ils y ont historiquement le moins contribué.

Quels sont alors les apports de ce troisième avis du TIDM? Bien entendu et le Tribunal le rappelle lui-même, un avis consultatif en tant que tel n'est pas contraignant¹⁴. Pour autant, les avis rendus par les organes juridictionnels, même dépourvus de force obligatoire font tout autant autorité que les arrêts rendus en matière contentieuse. Ils sont donc susceptibles de représenter une étape importante et la presse, même non spécialisée a largement relayé l'information. Il est vrai que les effets du changement climatique sur les océans et la bande côtière sont désormais au cœur des agendas aussi bien nationaux qu'internationaux¹⁵. Ce ne sont d'ailleurs pas moins de onze pages que le TIDM consacre à la description scientifique de ce phénomène. Les rapports successifs du GIEC sont particulièrement mis en avant, le Tribunal ne manquant pas

¹² *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, TIDM, avis consultatif, 2 avril 2015.

¹³ Avis, § 109. Voir, néanmoins, la Déclaration du juge Kulyk sur l'interprétation qu'il estime trop large de la notion de «connexion», <https://itlos.org/fr/main/affaires>.

¹⁴ Avis, § 114.

¹⁵ Plusieurs décisions de la Conférence des Parties (COP) de la Convention des Nations Unies sur le changement climatique traitent de questions liées au changement climatique et aux océans. Voir, notamment la décision 1/CP.25 du 15 décembre 2019, la décision 1/CP.26 du 12 novembre 2021, la décision 1/CP.27 du 20 novembre 2022.

d'observer que ses évaluations font autorité des connaissances scientifiques en la matière, ce que d'ailleurs aucun des participants à l'instance n'a remis en doute¹⁶. Le droit n'est pas resté indifférent puisque la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) adoptée en juin 1992 et qui compte 198 États Parties se fixe comme objectif de «stabiliser (...) les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique»¹⁷. L'Accord de Paris, adopté le 12 décembre 2015, vient préciser cet objectif en demandant aux États de

contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en-dessous de 2 degrés par rapport aux niveaux préindustriels et pour-suivre l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 degré par rapport aux niveaux préindustriels¹⁸.

Pour ce faire, chaque État Partie est encouragé à établir, communiquer et actualiser ses contributions déterminées et adopter des mesures internes d'atténuation. Toutefois, de par leur généralité aucune de ces mesures ne vise expressément l'océan – tout en ne l'excluant pas davantage¹⁹, alors même que celui-ci, par sa capacité à stocker et à transférer la chaleur ainsi qu'à absorber le CO₂, joue un rôle essentiel dans la régulation du climat. En face, la CNUDM, adoptée en 1982 à une époque où le changement climatique n'était pas encore au cœur des préoccupations environnementale ne l'évoque pas.

C'est très probablement le mérite premier de cet avis que de venir éclairer l'articulation entre différents ordres juridiques souvent pensés isolément. L'article 237 de la Convention joue, à cet égard, un rôle pivot en ce qu'il postule un impératif de cohérence mais également de soutien réciproque entre les dispositions de la CNUDM relatives à la

¹⁶ Avis, § 51.

¹⁷ Article 2.

¹⁸ Article 2-1 a).

¹⁹ Le Pacte de Glasgow pour le climat, adopté à l'occasion de la COP 26 en novembre 2021, souligne qu'il «importe, pour atteindre l'objectif global à long terme énoncé dans la Convention, de protéger, de conserver et de restaurer la nature et les écosystèmes, notamment «...» les écosystèmes marins».

protection de l'environnement marin et les obligations découlant soit de conventions conclues antérieurement en matière de protection et de préservation du milieu marin, soit d'accords pris en application des principes généraux qu'elle énonce. L'article 293 donne, quant à lui, compétence au TIDM pour appliquer les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celles-ci. Le TIDM, traduisant juridiquement une réalité déjà éprouvée scientifiquement, a donc choisi de se livrer à une lecture combinée des différentes normes internationales venant en appui à l'obligation générale de protéger le milieu marin des effets du changement climatique (1). Il a également saisi, parfois fort prudemment, l'opportunité qui lui était offerte de préciser certains principes juridiques du droit de l'environnement marin (2).

1. Une lecture combinée des normes internationales venant en appui à l'obligation générale de protéger le milieu marin des effets du changement climatique

Le TIDM, confronté à la fragmentation des normes internationales, construit un ensemble cohérent en intégrant, au titre des obligations des États Parties à la CNUDM, à la fois celle de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin causée par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre (1-1) mais également celle plus générale de maintenir et, éventuellement restaurer l'environnement marin menacé par le changement climatique (1.2).

1.1. L'obligation de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin causée par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre

La CNUDM contient, à sa Partie XII, de nombreuses dispositions relatives à la prévention des pollutions même si aucune n'est spécifiquement dédiée au changement climatique. Avant d'en détailler le contenu (1-1-b), le TIDM a néanmoins dû vérifier qu'elles étaient applicables en l'espèce. Pour ce faire, il a démontré que les gaz à effet de

serre relevaient bien de la définition que la CNUDM donne de la pollution (1-1-a).

1.1.1. L'inclusion des gaz à effet de serre dans la définition de la pollution marine

Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous-paragraphe 4 de la CNUDM, la pollution du milieu marin s'entend de

l'introduction, directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément.

Si la définition, évitant ainsi le risque de devenir rapidement obsolète, ne détaille pas une liste des polluants²⁰, elle fixe en revanche trois critères cumulatifs que le TIDM passe en revue. S'agissant du premier critère, le Tribunal conclut que les gaz à effet de serre sont, sans conteste, des substances de forme comparable à l'air, ni solides, ni liquides²¹. Le réchauffement climatique se concrétise également par une dilation thermique des océans qui tombe sous le coup de la définition dès lors que l'on postule que cette chaleur s'apparente à une énergie, ce que le TIDM, s'inspirant du Projet de directive de la Commission de droit international sur la protection de l'atmosphère²², reconnaît. Encore faut-il que cette substance ou cette énergie, clairement d'origine an-

²⁰ Certaines conventions, pour éviter ce risque, optent pour des listes dites négatives. C'est le cas, notamment du Protocole de Londres sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières du 7 novembre 1996 qui ne liste que les déchets pour lesquels l'immersion est, non pas interdite, mais autorisée.

²¹ Avis, § 164.

²² Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-douzième session, en 2021, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/76/10, para. 39). Le rapport est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2021, vol. II(2).

thropicque, soit introduite dans le milieu marin, terme que la CNUDM ne définit d'ailleurs pas mais dont le TIDM retient une conception large, dans une dimension tant spatiale que matérielle²³. La notion d'introduction reste elle aussi ouverte car de nature aussi bien directe qu'indirecte. Or, ces deux hypothèses se vérifient. Selon les scientifiques, le dioxyde de carbone, en raison de sa solubilité et de sa réactivité chimique est absorbé très facilement par les océans avant de se dissoudre dans l'eau de mer et de se mélanger dans les profondeurs océaniques. En outre, il est également établi que les gaz à effet de serre piègent la chaleur, dont nous avons vu qu'elle peut s'apparenter à une forme d'énergie, dans l'atmosphère et la stockent dans l'océan, ce qui s'apparente à une introduction indirecte. S'agissant du troisième critère qui touche aux effets nuisibles d'une telle introduction, les données scientifiques sont dorénavant suffisamment étayées pour que le doute ne soit plus permis. Le réchauffement océanique affecte durablement la circulation océanique et la salinité ainsi que la productivité de la vie marine dans son ensemble. Le réchauffement océanique peut également entraîner l'acidification des océans avec des conséquences mortifères sur les coraux, les crustacés, les échinodermes et les mollusques. À plus ou moins long terme, c'est également la capacité des océans à absorber le CO₂, et donc à réguler le climat, qui est remise en cause. Assez naturellement, le Tribunal conclut que les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans l'atmosphère constituent une pollution du milieu marin au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous paragraphe 4 de la Convention²⁴. En effet, retenir une définition inclusive de la pollution est à la fois conforme à l'esprit de la Convention qualifiée par le Président de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer de «Constitution des océans»²⁵ et à la diversité des menaces. Si certaines, à l'image de la pollution par hydrocarbures, ont été identifiées

²³ Avis, § 166.

²⁴ *Ibid.*, § 179.

²⁵ T. KOH, *Une constitution pour les océans*, Remarques prononcées par Tommy T.B. Koh (Singapour), président de la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, cité par N. ROS, *Le régime juridique des espaces maritimes*, in M.-P. LANFRANCHI (dir.), *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Bilan et perspectives*, Aix-en-Provence, juillet 2024, p. 185.

très tôt, parfois même avant l'entrée en vigueur de la CNUDM²⁶, d'autres préoccupations sont plus récentes. C'est notamment le cas de la pollution sonore des océans dont les effets dommageables sur la faune marine sont de mieux en mieux compris. Si une telle détermination est sans surprise²⁷, elle ne doit pas pour autant être sous-estimée. Elle implique en effet que les États soient dans l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, maîtriser et réduire les émissions de gaz à effet de serre.

1.1.2. L'identification des obligations à la charge des États de prévenir, maîtriser et réduire les émissions de gaz à effet de serre

L'article 194, que le TIDM a identifié comme la disposition fondamentale du régime institué par la Partie XII, impose aux États de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source. Cette obligation est complétée par les articles 207 à 212 qui portent sur les obligations des États à l'égard des sources spécifiques de pollution qu'elles soient, pour ce qui nous intéresse ici, telluriques, atmosphériques ou émises par les navires. La question que le Tribunal a donc dû trancher a été celle de l'identification des mesures nécessaires dès lors que l'article 194, paragraphe 1 ne donne aucun critère à cet égard. Si le TIDM n'a pas été jusqu'à détailler le contenu de ces mesures, ce qui l'aurait sans doute conduit à outrepasser ses fonctions judiciaires, il a néanmoins défendu qu'elles ne devaient pas être totalement laissées à la libre appréciation des États mais être, au contraire, déterminées selon des critères objectifs. Parmi ces critères, les données scientifiques et plus particulièrement celles issues des rapports du GIEC arrivent en première place. Néanmoins, tout en mettant en avant le rôle crucial joué par la science dans la détermination des mesures nécessaires, le TIDM n'en

²⁶ La Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) a été adoptée en 1973, révisée en 1978. Elle est entrée en vigueur le 2 octobre 1983.

²⁷ Certains participants à l'instance, minoritaires, ont défendu un argument contraire, *Exposé écrit soumis par le gouvernement d'Indonésie au Tribunal international du droit de la mer (TIDM)*, 15 juin 2023, § 58.

conclut pas qu'elle puisse à elle seule en décider du contenu²⁸. D'autres facteurs doivent être pris en compte, notamment les règles et normes internationales pertinentes, en l'espèce la CCNUCC et l'Accord de Paris. Il est vrai qu'une telle reconnaissance avait déjà emporté l'adhésion de la plupart des participants à l'instance mais restait au TIDM à préciser la relation qu'entretiennent ces deux accords avec la CNUDM et la façon dont leurs obligations respectives se confortent mutuellement. Récusant la qualité de *lex specialis* de la CCNUDM et de l'Accord de Paris, le TIDM affirme l'autonomie des deux régimes juridiques dont les obligations se complètent mais ne se substituent pas les unes aux autres. Ainsi, si l'objectif de température et le calendrier des trajectoires des émissions fixés dans l'Accord de Paris éclairent le contenu des mesures nécessaires à prendre au titre de l'article 194, paragraphe 1, ils n'épuisent pas pour autant l'obligation des États Parties à la CNUDM de prévenir, réduire et maîtriser la pollution marine résultant des émissions anthropiques de gaz à effet de serre. Pour le TIDM, «un État qui ne se conformerait pas à cette obligation engagerait sa responsabilité internationale»²⁹. Même si le Tribunal ne l'évoque pas, il est loisible de penser au phénomène d'acidification des océans. En effet, l'acidification est principalement causée par la séquestration du CO₂ qui entraîne une diminution du pH des océans³⁰. Elle se distingue donc du réchauffement climatique, ce que l'avis du TIDM, en séparant ces deux processus, semble corroborer³¹. Or, l'Accord de Paris ne pré-

²⁸ Avis, § 212.

²⁹ Avis, § 223. Le TIDM avait déjà formulé, quoique de manière moins explicite, une telle affirmation en évoquant que l'obligation posée par l'article 194, paragraphe 1 de la Convention «ne puisse être remplie exclusivement par la participation aux efforts mondiaux déployés pour régler les problèmes du changement climatique», § 202.

³⁰ L'acidification des océans fait généralement baisser les niveaux de carbure de calcium dissous dans l'eau de mer, raréfiant ainsi les bions carbonate qui sont nécessaires pour la formation des coquilles et squelettes des biotes marins, AGNU, Résumé de la première évaluation mondiale intégrée du milieu marin, 22 juillet 2015, A/70/112, p. 17. Voir, également, pour l'analyse juridique, K.-N. SCOTT, *Ocean Acidification*, in E. JOHANSEN, S.-V. BUSH, I.-U. JAKOBSEN, *The Law of the Sea and Climate Change. Solutions and Constraints*, Cambridge, 2021, pp. 104-128.

³¹ Tout au long de son exposé, le TIDM évoque le réchauffement *et* l'acidification des océans (*italiques ajoutés*).

voyant pas d'objectifs nationaux individuels pour les émissions de CO₂ ou les valeurs de pH des océans, les États peuvent, en théorie, se conformer à leurs obligations au titre de l'Accord de Paris sans réduire de manière significative leurs émissions de CO₂ mais en faisant porter leurs efforts sur d'autres gaz à effet de serre³². Si l'on suit le raisonnement du Tribunal, une telle inaction serait désormais incompatible avec l'article 194, paragraphe 1 de la Convention.

Le renvoi à d'autres règles de droit international pour interpréter la Convention peut s'appuyer sur plusieurs autres fondements juridiques. Outre les articles 293 et 235 de la Convention elle-même³³, l'article 31, paragraphe 3, sous-paragraphe c de la Convention de Vienne sur le droit des traités autorise la prise en compte, lors de l'interprétation d'un traité, «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Il s'agit de l'application du principe d'intégration systémique en vertu duquel l'interprétation d'une disposition conventionnelle dans le contexte d'une question qui relève d'un ensemble de règles externes doit tenir compte de ces règles. De plus, au sein même de la Partie XII, les articles 207, 211 et 212 relatifs aux obligations applicables aux sources spécifiques de pollution, s'y réfèrent explicitement quoiqu'en des termes différents. En effet, les articles 207 et 212 relatifs respectivement à la pollution d'origine tellurique et la pollution d'origine atmosphérique ou transatmosphérique, sources importantes d'émissions de gaz à effet de serre³⁴, demandent simple-

³² Voir l'Exposé écrit de l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (UICN) - Commission mondiale du droit de l'environnement, groupe de spécialistes du droit de l'océan, 13 juin 2023, p. 35.

³³ Voir *supra*.

³⁴ Il n'est néanmoins pas toujours facile de distinguer l'une de l'autre. En effet, les émissions de gaz à effet de serre d'origine tellurique doivent être propagées dans l'atmosphère avant d'être introduites dans le milieu marin. Elles entreraient donc davantage dans le champ d'application de l'article 212, voir A. PROELSS, *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, Munich, 2017, pp. 1277-1314. *A contrario*, les Lignes directrices de Montréal pour la protection du milieu marin contre la pollution d'origine tellurique, adoptées dans le cadre du Programme des Nations Unies pour l'environnement en 1985, définissent comme étant «d'origine tellurique» les «rejets dans le milieu marin de sources urbaines, industrielles ou agricoles, fixes et mobiles, terrestres, ayant notamment pour origine: (...) l'atmosphère».

ment aux États de «tenir compte» des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues³⁵. Assez logiquement, le TIDM en déduit que les États ne sont pas tenus d'adopter de telles règles même s'ils doivent de bonne foi les «prendre dûment en considération»³⁶. Ces efforts doivent néanmoins être déployés de manière continue, ce qui suppose que les États qui sont Parties à la CCNUDM et à l'Accord de Paris soient tenus de participer à «tout processus prévu par ces accords en vue de renforcer «la riposte mondiale à la menace des changements climatiques» comme l'indique l'article 2, paragraphe 1 de l'Accord de Paris»³⁷. Se déployant dans la durée, l'Accord de Paris intègre divers mécanismes afin d'accroître progressivement l'ambition en prévoyant que les contributions déterminées au niveau national (CDN) de chaque Partie représenteront «une progression dans le temps»³⁸ et que la CDN suivante de chaque Partie «représentera une progression par rapport à la contribution déterminée au niveau national antérieure et correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible»³⁹.

Plus exigeant, l'article 211, paragraphe 2 relatif à la pollution par les navires demande aux États du pavillon que les lois et les règlements qu'ils adoptent ne soient pas «moins efficaces que les règles et normes internationales généralement acceptées, établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente ou d'une conférence diplomatique générale». Un seuil minimal à atteindre est donc fixé qui vient réduire la marge d'appréciation des États. L'Accord de Paris n'incluant

³⁵ L'article 212-1 ajoute néanmoins la sécurité de la navigation aérienne. Les normes pertinentes sont ici le volume IV de l'Annexe 16 de la Convention de Chicago établissant un régime de compensation et de réduction de carbone pour l'aviation internationale, les amendements à l'Annexe VI de MARPOL adoptés en 2011 et 2021 en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre provenant des navires ainsi que la récente Stratégie 2023 de réduction des gaz à effet de serre adoptée par l'Organisation maritime internationale (OMI).

³⁶ Avis, § 271.

³⁷ Avis, § 273. Dans son avis, le TIDM va d'ailleurs réaffirmer l'obligation des États de coopérer de manière continue à l'élaboration des normes, l'échange d'informations scientifiques et l'élaboration de critères scientifiques appropriés, *Ibid.*, § 321.

³⁸ Article 3 de l'Accord de Paris.

³⁹ Article 4-3 de l'Accord de Paris.

pas expressément le transport maritime international dans les engagements de réduction des émissions, les normes visées sont celles issues des amendements à l'Annexe VI de MARPOL⁴⁰ adoptés par l'OMI en 2011 et 2021 qui, étrangement, étaient déjà mentionnées au titre de l'article 212, à la portée pourtant moins contraignante. Dès lors que les amendements de 2011 et 2021 sont toutefois relatifs au rendement énergétique des navires, c'est donc bien l'article 211 relatif à la pollution par les navires qui devrait s'appliquer.

Une fois les normes adoptées et transposées, les États doivent les appliquer. Après avoir examiné, dans un premier temps, les articles 213, 217 et 222, le TIDM souligne l'obligation à la charge des États de «donner effet aux règles et normes internationales applicables», étant rappelé que les règles et normes internationales applicables «s'entendent comme les règles et normes qui ont force obligatoire pour l'État concerné au titre du droit international conventionnel ou coutumier»⁴¹. C'est la raison pour laquelle un État Partie à la Convention lié par ces règles et normes qui manquerait de prendre de telles mesures verrait sa responsabilité internationale engagée pour violation de ces mêmes articles. Or, selon le Tribunal, ces normes et règles renvoient pour la pollution tellurique et atmosphérique aux traités relatifs au changement climatique et, s'agissant de la pollution par les navires à l'Annexe VI de MARPOL, telle qu'amendée en 2011 et 2021.

Loin d'être lacunaire, le droit international impose aux États de réduire et maîtriser la pollution marine résultant des émissions anthropiques de gaz à effet de serre. Pragmatique, le TIDM ne va pas jusqu'à considérer que cette obligation emporte celle de faire immédiatement cesser la pollution, objectif sans doute impossible à atteindre en raison de la quantité de gaz à effet de serre déjà présente dans l'atmosphère. L'obligation de conserver le milieu marin menacé par les effets, à long et à court terme, du changement climatique et de l'acidification revêt alors une importance cruciale, complémentaire de celle de réduire les différentes sources de pollution.

⁴⁰ L'annexe VI a été ratifiée par 105 États qui représentent environ 96,81% du tonnage brut de la flotte marchande mondiale.

⁴¹ Avis, § 285.

1.2. *L'obligation de conserver le milieu marin menacé par le changement climatique*

L'article 192 de la Convention énonce très clairement l'obligation qu'ont les États de protéger et de préserver le milieu marin. Alors que l'article est ensuite éclairé, s'agissant de la biodiversité marine, par des dispositions issues de la Partie XII (1-2.a)), le TIDM, notant que le changement climatique et l'acidification des océans touchent toutes les formes de vie marine⁴², intègre à cette obligation le droit régulant l'exploitation des ressources halieutiques (1-2.b)).

1.2.1. *La protection de la biodiversité marine*

Le TIDM, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour permanente d'arbitrage⁴³ distingue, dans son interprétation de l'article 192, l'obligation générale de protéger le milieu marin contre les dommages futurs de celle de le préserver qui requiert le maintien de la santé des écosystèmes et de leur équilibre naturel. Alors que la première obligation se réfère à la prévention des dommages environnementaux par la réglementation de leurs sources, la seconde apparaît davantage orientée vers l'adoption de mesures visant à renforcer la résilience et l'adaptation⁴⁴ des écosystèmes marins aux effets du changement climatique. C'est d'ailleurs une finalité que partagent la CCNUCC et l'Accord de Paris. Alors que la CCNUCC se fixe pour objectif de «stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuses du système climatique» et encourage pour cela «le renforcement des puits et réservoirs de tous les gaz à

⁴² Avis, § 409.

⁴³ *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale entre la République des Philippines et la République populaire de Chine*, sentence du 12 juillet 2016, RSA, vol. XXXIII, § 941.

⁴⁴ Le TIDM se réfère à la définition que donne le GIEC des «mesures d'adaptation» qui renvoie à «un processus d'ajustement au climat actuel ou attendu et à ses effets, de manière à en atténuer les effets préjudiciables et à en exploiter les effets bénéfiques», Avis, § 392.

effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal, notamment la biomasse, les forêts et les océans de même que les autres écosystèmes terrestres, côtiers et marins»⁴⁵, l'Accord de Paris demande aux États Parties d'établir «l'objectif mondial en matière d'adaptation consistant à renforcer les capacités d'adaptation, à accroître la résilience aux changements climatiques et à réduire la vulnérabilité à ces changements»⁴⁶. Les écosystèmes marins sont très vulnérables au changement climatique et à l'acidification de l'océan⁴⁷. Dégradés, ce sont également les services qu'ils rendent qui peuvent être remis en cause dans la mesure où les mangroves, les marais salants et les herbiers marins sont d'importants puits de carbone. Parce qu'ils absorbent les émissions de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, ils sont eux-mêmes menacés par l'augmentation croissante de ces mêmes émissions susceptibles de remettre en cause leur fonction, pourtant essentielle, de régulateurs du climat. La préservation des écosystèmes océaniques devient alors un outil au service du climat et justifie l'intérêt que le Tribunal porte à l'article 194, paragraphe 5 de la CNUDM qui impose aux États de prendre à la fois les mesures nécessaires pour protéger «les écosystèmes rares ou délicats» et celles nécessaires pour protéger «l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction».

Encore faut-il les identifier dès lors que la Convention ne définit aucune des deux expressions. Si certaines conventions, à l'instar de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), adoptée le 3 mars 1973 opère un classement des espèces dans trois annexes et peut, conformément à ce qu'avance le Tribunal, fournir des orientations pour l'identification des espèces menacées ou en voie d'extinction⁴⁸, elle ne vise que les espèces (et pas les écosystèmes) et qu'une menace, celle du commerce international. Elle ne peut donc jouer qu'un rôle supplétif. Quoiqu'il en soit, et le Tribunal le rappelle d'ailleurs lui-même,

⁴⁵ Article 4-1-d).

⁴⁶ Article 7-1 de l'Accord de Paris.

⁴⁷ Voir, *supra*.

⁴⁸ Avis, § 404.

les caractéristiques d'un écosystème, telles que son caractère unique ou rare, ainsi que sa vulnérabilité, sa fragilité, sa sensibilité ou sa faible capacité de régénération, peuvent changer avec le temps. En conséquence, identifier les écosystèmes rares ou fragiles doit résulter d'un examen au cas par cas⁴⁹.

Il est alors étonnant que le TIDM ne se réfère pas davantage au travail réalisé par la Conférence des Parties (COP) à la Convention sur la diversité biologique qui, dans une série de résolutions, a identifié des critères de désignation d'aires marines d'importance écologique ou biologique⁵⁰. Le TIDM ne consacre également que quelques lignes à l'Accord se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (Accord BBNJ)⁵¹ alors même que celui-ci fait le lien entre changement climatique et conservation de la biodiversité marine. Le préambule constate ainsi

la nécessité de lutter, de manière cohérente et coopérative, contre la perte de diversité biologique et la dégradation des écosystèmes de l'océan dues, notamment, aux impacts des changements climatiques sur les écosystèmes marins, tels que le réchauffement et la désoxygénation de l'océan, ainsi que l'acidification de celui-ci, sa pollution, y compris par les plastiques et son utilisation non durable.

Les États devront aussi être guidés par «une approche qui renforce la résilience des écosystèmes aux effets préjudiciables des changements climatiques et de l'acidification des océans et restaure l'intégrité des écosystèmes», mention étant dorénavant faite des «services rendus par le cycle du carbone qui sont à la base du rôle que l'océan joue dans le

⁴⁹ Avis, § 403.

⁵⁰ UNEP/CBD/COP/Décision XI/17, *Diversité biologique marine et côtière: aires marines d'importance écologique et biologique*, 5 décembre 2012; UNEP/CBD/COP/Décision XII/22, *Diversité biologique marine et côtière: aires marines d'importance écologique et biologique*, 17 octobre 2014.

⁵¹ Adopté le 19 juin 2023, il avait recueilli, le 6 octobre 2024, 104 signatures et 13 ratifications; 60 ratifications sont nécessaires à son entrée en vigueur (article 68 de l'Accord).

climat»⁵². De même, la vulnérabilité incluant celle consécutive aux changements climatiques et à l'acidification des océans reste mentionnée parmi les critères, certes indicatifs, permettant d'identifier des aires à protéger et «la régénération et la restauration des écosystèmes en vue d'améliorer leur productivité, leur santé et leur résilience aux facteurs de stress, y compris ceux liés aux changements climatiques, à l'acidification des océans et à la pollution marine» figurent parmi les objectifs assignés aux aires marines protégées⁵³. À cet égard, la désignation d'aires marines protégées, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la juridiction nationale fait figure d'outil particulièrement efficace pour permettre aux écosystèmes fragiles de résister aux effets du changement climatique et de l'acidification des océans. Il a en effet été démontré que plus un écosystème naturel est riche en diversité d'espèces et en milieux naturels, plus il est résilient, étant entendu que cette résilience est bien entendu conditionnée par l'élimination, ou tout au moins la réduction, de facteurs de stress sur le milieu marin, qu'il s'agisse de la pollution ou de l'introduction d'espèces invasives mais également des pratiques de pêche destructrices, de la surpêche, de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée⁵⁴.

Comme relevé par le Tribunal, le changement climatique et l'acidification touchent toutes les formes de vie marine et la résilience englobe la réglementation de l'ensemble des activités humaines ayant un impact sur les écosystèmes. Il a ainsi été démontré que la gestion de l'intensité de la pêche au saumon dans la baie de Bristol en Alaska est utile pour la préservation de la diversité des sous-populations dont les périodes et les lieux de ponte variés permettent à leur tour une meilleure adaptation de l'espèce aux changements⁵⁵. *A contrario*, l'absence de mesures adéquates est susceptible d'affecter des stocks halieutiques

⁵² Article 7-h de l'Accord.

⁵³ Article 17-C de l'Accord.

⁵⁴ Sur cette question, voir, O. DELFOUR SAMAMA, *Le rôle des aires marines protégées face à l'urgence climatique*, in *Annuaire français de droit international*, LXVIII, 2022, pp. 39-54.

⁵⁵ Voir l'Exposé écrit de l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (UICN) - Commission mondiale du droit de l'environnement, groupe de spécialistes du droit de l'océan, *op. cit.*, p. 48.

déjà sous la pression de nombreuses menaces. C'est sur le fondement de ces incidences que le TIDM a inclus, au titre des obligations particulières découlant de l'article 192, les obligations des États en matière de pêche.

1.2.2. *La conservation des ressources halieutiques*

Dès 1999, le Tribunal a considéré que «la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin»⁵⁶, affirmation confirmée par le Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Mer de Chine méridionale*⁵⁷. De même, en 2015, le TIDM a rappelé que

l'État du pavillon est dans l'obligation de veiller au respect par les navires battant son pavillon des mesures de conservation des ressources biologiques adoptées par l'État côtier pour sa zone économique exclusive parce que [...] ces mesures font partie intégrante de la protection et de la préservation du milieu marin⁵⁸.

Or, le changement climatique peut avoir des incidences dommageables sur la répartition des ressources halieutiques mais également sur le potentiel de capture des pêcheries⁵⁹. À l'avenir, la capacité de pêche pourra diminuer dans certaines régions, en particulier dans les océans tropicaux – ce qui pourra avoir des conséquences dramatiques pour les communautés vulnérables côtières et les États en développement. Dans sa zone économique exclusive, c'est l'État côtier qui est compétent pour prendre des mesures appropriées de conservation et de gestion pour, notamment, «maintenir ou rétablir les stocks des espèces

⁵⁶ *Affaire du thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM, Recueil 1999, § 70.

⁵⁷ *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale entre la République des Philippines et la République populaire de Chine*, cit., § 956.

⁵⁸ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, cit., § 120.

⁵⁹ O. DELFOUR-SAMAMA, *La conservation de la biodiversité confrontée à l'élévation du niveau de la mer*, in V. BORE-EVENO (dir.), *Élévation du niveau de la mer et droit international. De l'adaptation à l'action*, Paris, 2022, pp. 230-244.

exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents, y compris les besoins économiques des collectivités côtières vivant de la pêche»⁶⁰, facteurs dont le TIDM n'hésite pas à affirmer qu'ils incluent les incidences du changement climatique et de l'acidification des océans sur les écosystèmes marins.

Disposition miroir, l'article 119 de la Convention énonce l'obligation similaire de conserver les ressources biologiques de la haute mer à la seule différence près que ce devoir n'incombe plus au seul État côtier mais lie également les États dont les ressortissants participent à des activités en haute mer. Parmi ces espèces, nombreuses sont celles qui traversent différentes zones maritimes ou dont les stocks dépassent les limites d'une juridiction nationale. Or, dans l'avis consultatif CSRP, le Tribunal a, assez logiquement, fait observer que «pour être efficaces, les mesures de conservation et de gestion des pêches devraient concerner l'ensemble du stock de l'espèce dans toute sa zone de distribution et sur tous ses itinéraires de migration». Ce constat est d'autant plus actuel que, comme nous l'avons déjà évoqué, la hausse des températures de l'eau de mer induit des transformations en termes de répartition des stocks et de déplacement des espèces halieutiques. À cet égard, le TIDM reconnaît que l'approche de précaution et l'approche écosystémique mises en place respectivement par les articles 5 et 6 de l'Accord sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs de 1995, éclairent le contenu des mesures appropriées de conservation et de gestion que les États sont tenus d'adopter. Ce renvoi n'est pas anodin même si, s'agissant d'un accord pris en application de la CNUDM, il peut sembler aller de soi. Dans l'avis consultatif CRSP, le Tribunal s'était abstenu de toute référence à l'Accord de 1995, ce qu'avait d'ailleurs regretté le juge Paik dans son opinion individuelle considérant que l'Accord donnait des indications sur la façon dont les États peuvent s'acquitter de l'obligation de coopérer.

Si la référence à d'autres obligations conventionnelles par le biais «des règles pratiques et procédures généralement acceptées» peut venir encadrer la marge d'appréciation des États, c'est également le cas de

⁶⁰ Article 61.

certains principes, issus du droit de l'environnement ou du droit du climat que le TIDM vient ici préciser.

2. Une précision, parfois prudente, de principes juridiques issus du droit international de l'environnement

Matière foisonnante, le droit international de l'environnement est riche de principes qui viennent le structurer. Les articles 192 et 194 traduisent un de ces principes phares, à savoir le principe de prévention. Même si la prévention irrigue l'ensemble du droit de l'environnement, elle ne peut toutefois exiger des États qu'ils empêchent toute forme de détérioration du milieu marin. Elle s'analyse alors en une obligation de diligence imposant aux États de prendre toutes les mesures appropriées «de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat»⁶¹, obligation dont le TIDM a précisé le niveau d'exigence (2-1). Tout en reconnaissant que l'état des connaissances scientifiques influe sur l'intensité de cette diligence, le TIDM a, peut-être prudemment, fait le choix de ne pas se prononcer explicitement sur la valeur éventuellement coutumière, de l'approche de précaution (2-2).

2.1. Une obligation de diligence due que le TIDM vient préciser

Même si elle ne se cantonne pas à l'espace maritime, l'obligation de «diligence due» y trouve un champ d'application très riche. En effet, les activités qui se déploient en mer sont le fait d'opérateurs privés et un dommage qui en résulterait n'engage pas, en principe, la responsabilité d'un État sauf à prouver le manquement de l'État à ses obligations normatives et de contrôle⁶². Ce qui est imputable à l'État ne relève donc

⁶¹ Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, TIDM, avis du 1^{er} février 2011, affaire n°17, § 110.

⁶² La Cour internationale de Justice a décrit cette obligation comme impliquant la nécessité «non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le con-

pas de la conduite de ses ressortissants mais de son propre comportement dès lors qu'il n'a pas respecté le niveau de diligence que les règles et la situation concrète exigeaient de sa part. Nous sommes donc en présence d'une obligation à même d'englober tout le sceptre des activités en mer. Dans son avis consultatif sur l'exploitation des fonds marins, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a fait observer que «l'obligation de diligence requise exige des États qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent»⁶³. Le TIDM a également estimé que les obligations des États du pavillon de veiller à ce que leurs navires respectent les règlements adoptés par les États membres de la Commission sous-régionale des pêches constituaient des obligations de diligence requise⁶⁴. De même, dans l'Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale, le tribunal arbitral a estimé que la Chine avait une obligation de diligence requise pour garantir que les navires de pêche relevant de sa juridiction et de son contrôle ne polluent pas l'environnement marin⁶⁵. En l'espèce, le TIDM affirme que les articles 194, paragraphe 1 et 2 et 192 requièrent des États qu'ils agissent avec la «diligence requise»⁶⁶.

L'obligation de diligence requise, tout en conférant une certaine flexibilité aux États en ne leur imposant pas un résultat à atteindre, ne leur reconnaît pas une totale discrétion. Elle peut s'avérer plus ou moins exigeante en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques mais également des risques encourus. À cet égard, le Tribunal reconnaît que, «compte tenu des risques aigus de préjudice grave et irréversible au milieu marin» consécutifs aux émissions anthropiques de gaz à effet de serre, le niveau de diligence requise exigé des États doit être élevé⁶⁷. Analysant le paragraphe 2 de l'article 194, le Tribunal est

trôle administratif des opérateurs publics et privés», *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt; C.I.J., Recueil 2010, § 197.

⁶³ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, cit., § 131.

⁶⁴ *Avis consultatif CSRP*, § 123.

⁶⁵ *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale*, cit., § 971.

⁶⁶ *Avis*, § 234.

⁶⁷ *Avis*, § 243 pour l'article 194-1; § 399 pour l'article 192.

encore plus sévère, se fondant pour ce faire sur la nature transfrontière de la pollution ici visée susceptible de produire ses effets sur le territoire d'autres États ou dans les zones au-delà des juridictions nationales⁶⁸. Il semble alors assez pertinent de penser que plus le niveau d'exigence attendu sera élevé, plus la frontière entre obligations de comportement et obligations de résultat sera poreuse⁶⁹.

Pour autant, le Tribunal admet que les capacités des États et leurs ressources disponibles peuvent faire varier la mise en œuvre de l'obligation de diligence requise, transposant ainsi en droit de l'environnement marin un principe jusqu'à présent rattaché au droit du climat, celui des responsabilités communes mais différenciées. La Chambre pour les fonds marins après avoir affirmé dans son avis consultatif de 2011 que les dispositions générales concernant les responsabilités des États qui patronnent s'appliquaient «de la même manière à tous les États, qu'ils soient en développement ou développés»⁷⁰ a néanmoins reconnu que cela n'excluait pas que «des règles établissant les obligations directes des États qui patronnent puissent prévoir un traitement différencié, selon qu'ils sont développés ou en développement»⁷¹. En conséquent, un certain niveau de différenciation est admis dès lors que la règle primaire le prévoit. Or, c'est bien le cas de l'article 194, paragraphe 1 qui fait état des capacités respectives des États. À l'inverse, l'article 194, paragraphe 2 ne contient aucune disposition à cet égard sans que le Tribunal l'interprète comme un obstacle à l'application de ce principe⁷². Il est vrai que la situation est ici différente: si l'égalité de traitement a pu être jugée nécessaire s'agissant des activités menées dans la Zone pour éviter que des entreprises commerciales

⁶⁸ Avis, § 258.

⁶⁹ Mettant en exergue la finalité de cet article (prévenir la pollution transfrontière), le juge Jesus dans sa déclaration individuelle, défend au contraire que l'article 194, paragraphe 2 relève d'une obligation de résultat dans la mesure où il prescrit non seulement le comportement exigé des États mais également le résultat recherché de ce comportement.

⁷⁰ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, § 158.

⁷¹ *Ibid.*, § 160.

⁷² Avis, § 249. Il n'applique toutefois pas ce raisonnement à l'obligation de diligence requise de l'article 192.

ayant leur siège dans des États développés ne s'installent dans des États en développement, obtenant ainsi leur nationalité et leur patronage, afin de bénéficier d'une réglementation et de contrôles moins stricts, il est largement admis que les États en développement, en particulier les petits États insulaires en développement et les États les moins avancés sont particulièrement vulnérables au changement climatique et disposent de capacités moindres pour y répondre. En outre, la notion de «capacités différentes» doit s'analyser, non pas au regard du niveau de développement, mais en fonction du niveau de connaissances scientifiques et des capacités techniques des États⁷³. Le TIDM en tire plus loin la conclusion que même si les articles 202 et 203 de la CNUDM ne se réfèrent pas au principe des responsabilités communes mais différenciées, l'obligation d'assistance prévue à ces articles implique que les États dotés de capacités moindres, en particulier les États en développement vulnérables, bénéficient de l'assistance des États qui sont mieux pourvus⁷⁴. Cette assistance peut prendre la forme du renforcement des capacités, de transfert de technologie ou d'expertise scientifique.

L'obligation de diligence requise est également étroitement liée à celle de procéder à des évaluations d'impact environnemental dont le Tribunal réaffirme la valeur à la fois conventionnelle et coutumière⁷⁵. Le libellé général de l'article 206 de la Convention conduit le Tribunal à relever qu'il appartient à chaque État de déterminer le contenu de ces évaluations même s'il n'exclut pas que celles-ci puissent couvrir les effets cumulatifs des activités envisagées. Il peut parfois être difficile de les anticiper de manière certaine, les connaissances scientifiques sur le fonctionnement de l'écosystème océanique étant encore en évolution. La diligence requise ne peut alors s'apprécier indépendamment de l'approche de précaution, formalisation juridique de l'incertitude scientifique. Le TIDM l'évoque à plusieurs reprises sans toutefois se pro-

⁷³ Pour une analyse plus détaillée, voir l'Exposé écrit de l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (UICN) - Commission mondiale du droit de l'environnement, groupe de spécialistes du droit de l'océan, *op. cit.*, pp. 60-65.

⁷⁴ Avis, § 326.

⁷⁵ Avis, § 355.

noncer très explicitement sur la valeur juridique de ce qu'il continue d'appeler l'approche (et non le principe) de précaution.

2.2. *L'approche de précaution, une valeur juridique encore incertaine*

La CNUDM ne fait pas référence à l'approche ou au principe de précaution formulé dix années après son adoption, en 1992, par le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Ce n'est pas le cas de ses deux derniers accords d'application: l'article 6 de l'Accord de 1995 sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs demande aux États d'appliquer largement l'approche de précaution, étant entendu que «les États prennent d'autant de précautions que les données sont incertaines, peu fiables ou inadéquates». L'article 7-e) de l'Accord BBNJ mentionne «le principe de précaution ou l'approche de précaution, selon qu'il convient» au titre des principes et approches à même d'orienter les Parties pour d'atteindre les objectifs du présent Accord.

Dans son avis de 2011, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins avait rattaché l'approche de précaution à celle de la diligence requise, considérant qu'elle «fait aussi partie intégrante des obligations de diligence requise incombant aux États qui patronnent, laquelle est applicable même en dehors du champ d'application des Règlements relatifs aux nodules et sulfures»⁷⁶. C'est une démarche similaire qu'adopte ici le Tribunal pour les émissions anthropiques de gaz à effet de serre⁷⁷, et moins explicitement, lorsqu'évoquant les nombreuses incertitudes concernant la mesure dans laquelle les incidences du changement climatique et de l'acidification des océans peuvent se manifester dans certaines régions, il en conclut que «l'article 192 exige des États qu'ils anticipent les risques en fonction des circonstances»⁷⁸. Le Tribunal utilise également la forme impérative en énonçant qu'en l'absence de certitude scientifique, les États «doivent réglementer la pollution marine résultant des gaz à effet de serre en appliquant

⁷⁶ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, cit., § 131.

⁷⁷ Avis, § 242.

⁷⁸ Avis, § 427.

l'approche de précaution»⁷⁹. Il relie ici l'approche de précaution à la pollution du milieu marin, considérant que la première est contenue de façon implicite dans la seconde dès lors que la définition de la pollution englobe les effets nuisibles potentiels. Cette affirmation peut toutefois être discutée. D'une part, comme nous l'avons vu, le milieu marin connaît d'autres menaces que la pollution. D'autre part, si le raisonnement se tient lorsque le TIDM évoque l'approche de précaution en lien avec les activités de géoingénierie, elle est moins convaincante s'agissant de l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles. En dehors du fait que certains scientifiques refusent d'assimiler une espèce, aussi nuisible soit-elle, à une pollution, le terme d'introduction évoqué à l'article 196 renvoie davantage à l'idée d'un déplacement de populations causé par le changement climatique. Le TIDM le reconnaît d'ailleurs lui-même lorsqu'il énonce que

l'obligation de prendre les mesures nécessaires concernant l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles en une partie du milieu marin prévue à l'article 196, paragraphe 1, n'a pas été conçue comme subordonnée à la définition de la «pollution du milieu marin»⁸⁰.

Mais, c'est surtout la référence à l'approche de précaution qui semble discutable: en effet, l'article 196 ne peut être invoqué que lorsque «l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles peut provoquer des changements considérables et nuisibles au milieu marin». Dans cette hypothèse, l'incertitude ne porte pas tant sur la réalité des dommages – les nombreux exemples d'introduction d'espèces invasives étant suffisamment documentés⁸¹ – que sur la probabilité de sa survenance. Nous sommes donc ici dans le domaine de la prévention où le risque est connu (l'introduction d'espèces étrangères) mais peut, fort heureusement, ne pas se réaliser.

Tout en affirmant que les États doivent adopter, en cas d'incertitude scientifique, l'approche de précaution, le Tribunal s'en tient, prudem-

⁷⁹ Avis, § 213.

⁸⁰ Avis, § 432.

⁸¹ M. DE POORTER, *Menaces en mer. Les espèces exotiques envahissantes dans l'environnement marin*, UICN, 32p.

ment, à sa jurisprudence de 2011 aux termes de laquelle l'incorporation de l'approche de précaution dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux a «créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier»⁸²; sans toutefois se prononcer sur l'état d'achèvement de cette incorporation.

La demande d'avis introduite par la COSIS aura permis au TIDM d'apporter un certain nombre de clarifications quant à l'articulation entre plusieurs ordres juridiques dont il a défendu une lecture intégrée. C'est, à ce titre, indéniablement une avancée. Il est sans doute possible de regretter le manque d'audace du Tribunal quant à une affirmation plus claire de la valeur juridique de l'approche de précaution que l'on ne peut que déduire des termes utilisés ou du caractère parfois assez général du contenu des obligations de diligence requise. Il faut néanmoins garder présent à l'esprit que l'avis a été adopté à l'unanimité, ce qui fait sa force mais a certainement dû conduire à quelques compromis. En outre, cet avis, le premier donné sur le changement climatique par un tribunal international, précède ceux attendus de la Cour internationale de Justice et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il n'est pas impossible que le TIDM ait choisi la voie de la prudence afin d'éviter de s'engager dans des domaines couverts par ces tribunaux, s'agissant notamment de la place faite aux droits de l'homme dans la prise en compte des effets du changement climatique. Il a néanmoins ouvert le chemin vers une meilleure prise en compte du changement climatique et de ses effets, notamment sur les États et les populations vulnérables. Il est maintenant de la responsabilité des États d'en tirer les conséquences. Le fait que les niveaux des trois principaux gaz à effet de serre – le dioxyde de carbone (CO₂), le méthane (CH₄) et le protoxyde d'azote (N₂O), aient, selon l'Organisation météorologique mondiale, tous augmenté en 2023, devrait les inciter à ne pas tarder à adopter les mesures attendues.

⁸² *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, cit., § 135.

LES DÉBITS OBJECTIFS D'ÉTIAGE (DOE), INDICATEURS DE VULNÉRABILITÉ DE LA RESSOURCE EN EAU EN PÉRIODE D'ÉTIAGE

L'EXEMPLE DU DISTRICT ADOUR-GARONNE

*Philippe Marc**

SOMMARIO: 1. Les débits objectifs d'étiage (DOE), indicateur hydrologique de la gestion quantitative en période d'étiage (structurelle et opérationnelle). 1.1. Le DOE, débit cible pour la planification structurelle de la gestion quantitative en période d'étiage. 1.2. Le DOE, débit cible pour la gestion opérationnelle des étiages concrétisée par le soutien des débits de la Garonne. 2. Les débits objectifs d'étiage (DOE), indicateur règlementaire de gestion de la crise. 2.1. La priorisation des enjeux et des usages en période de crise. 2.1.1. La sécurisation de l'alimentation en eau potable et des usages de sécurité civile. 2.1.2. La préservation des milieux aquatiques. 2.2. La gestion de la crise par la restriction provisoire des usages et/ou la réquisition de la ressource en eau.

Résumé

La ressource en eau en période de basse eau – dite aussi période d'étiage – est directement menacée par le réchauffement climatique. Depuis les premiers schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (1996), les étiages sont l'objet d'un suivi attentif et d'une gestion spécifique articulés autour d'un seuil hydrologique et règlementaire, dénommé, débits objectifs d'étiage (DOE). Les DOE assignent des objectifs quantitatifs, définis à certains points stratégiques du réseau hydrographique du district appelés points nœuds, destinés à garantir la préservation des milieux aquatiques (bon état des eaux) et la satisfaction des usages anthropiques, huit années sur dix. A cet égard, les DOE formalisent de nouvelles règles de partage des eaux entre les territoires et les usagers, tout en tenant compte des besoins en eau des milieux aquatiques. Ainsi, les DOE fondent la gestion quantitative, sous tous ses aspects, de la ressource en eau en période d'étiage. Les prélèvements sont dimensionnés sur la

** Avocat au Barreau de Toulouse. Docteur en Droit, Membre associé du Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO), Nantes Université, Membre de l'Académie de l'Eau.*

base de cet indicateur. On parle alors de volumes prélevables. Les mesures de restrictions, encadrées par les arrêtés préfectoraux, sont adossées aux DOE qui permettent de déterminer les débits de vigilance. Le soutien des débits ambitionne de maintenir les DOE, dans la limite des ressources disponibles. Dans ce contexte de modification du climat, la prise en compte des étiages, à travers la notion de DOE, impliquant des actions de gestion (réservation de ressources en eau dédiées dans les barrages, soutien des débits) et des mesures de police (restrictions des usages/réquisition de ressources), constitue un véritable défi pour les pouvoirs publics.

Abstract

Water resources during low water periods – also known as drought periods – are directly threatened by climate change. Since the first master plans for water management (1996), low water flows have been subject to careful monitoring and specific management based around a hydrological and regulatory threshold known as objective low water flows (OLWF). The OLWF assign quantitative targets defined at certain strategic points in the hydrographic network of the district, referred to as nodal points, aimed at ensuring the preservation of aquatic environments (good water status) and the satisfaction of anthropogenic uses, eight years out of ten. In this regard, the OLWF formalize new rules for sharing water between territories and users, while considering the water needs of aquatic environments. Thus, the OLWF underpin the quantitative management of water resources in low water periods, in all aspects. Takings are sized based on this indicator, leading to what are referred to as extractable volumes. Restriction measures, framed by prefectural orders, are based on the OLWF, which help determine vigilance flows. Flow support aims to maintain the OLWF within the limits of available resources. In this context of climate change, addressing low water periods through the concept of OLWF, involving management actions (reserving dedicated water resources in reservoirs, flow support) and regulatory measures (usage restrictions/resource requisition), poses a real challenge for public authorities.

Riassunto

Le risorse idriche durante i periodi di magra, noti anche come periodi di siccità, sono direttamente minacciate dai cambiamenti climatici. Fin dai primi piani regolatori per la gestione delle acque (1996), i flussi di acqua bassa sono stati oggetto di un attento monitoraggio e di una gestione specifica basata su una soglia idrologica e normativa nota come objective low water flows (OLWF). Le OLWF assegnano obiettivi quantitativi definiti in alcuni punti strategici della rete idrografica del distretto, denominati punti nodali, volti a garantire la conservazione degli ambienti acquatici (buono stato delle acque) e il soddisfacimento degli usi antropici, otto anni su dieci. A questo proposito, le OLWF

formalizzano nuove regole per la condivisione dell'acqua tra territori e utenti, tenendo conto delle esigenze idriche degli ambienti acquatici. In questo modo, le OLWF sono alla base della gestione quantitativa delle risorse idriche nei periodi di magra, sotto tutti gli aspetti. I prelievi sono dimensionati sulla base di questo indicatore, che porta a quelli che vengono definiti volumi estraibili. Le misure di restrizione, inquadrate da ordinanze prefettizie, si basano sull'OLWF, che contribuisce a determinare i flussi di vigilanza. Il sostegno ai flussi mira a mantenere l'OLWF entro i limiti delle risorse disponibili. In questo contesto di cambiamento climatico, affrontare i periodi di magra attraverso il concetto di OLWF, coinvolgendo azioni di gestione (riserva di risorse idriche dedicate nei bacini, supporto al flusso) e misure di regolamentazione (restrizioni d'uso/richiesta di risorse), rappresenta una vera sfida per le autorità pubbliche.

Dans son rapport de synthèse, publié le 20 mars 2023, le groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) a confirmé le réchauffement global de la planète. Dans ce contexte anxio-gène, le troisième Plan National d'Adaptation au Changement Climatique (PNACC) était attendu, avec fébrilité, pour encadrer les politiques et les actions d'adaptation au changement climatique, basées sur une prévision d'un réchauffement moyen de +4°C en France à l'horizon 2100¹. Or, la dissolution de l'Assemblée nationale, le 9 juin 2024, a reporté *sine die* sa présentation par le Gouvernement. Transposées à la gestion de la ressource en eau, ces prévisions menacent l'équilibre quantitatif de bon nombre de territoires. L'augmentation des températures, couplée à une augmentation des fréquences des périodes sans pluies, sont de nature à générer des tensions répétées sur la ressource en eau. Considérant déjà qu'en «dix ans, l'eau douce renouvelable, c'est-à-dire celle qui se renouvelle à travers le cycle de l'eau, a diminué de 14%»². Autrement dit, la gestion quantitative est déjà concernée par le réchauffement climatique. Les défis pour la collectivité, en général, et les usagers, en particulier (agriculture, industrie, énergie, eau potable...), sont donc majeurs. Le maintien des activités dépendantes de

¹ La Trajectoire de réchauffement de référence pour l'adaptation au changement climatique (TRACC), ecologie.gouv.fr.

² Prélèvements et consommations d'eau: quels enjeux et usages? Note d'analyse d'avril 2024 (n°136) | France Stratégie, strategie.gouv.fr.

la ressource en eau sur certains territoires est, à très court terme, susceptible d'être remise en cause. La conciliation des usages de l'eau et la préservation des milieux aquatiques apparaissent comme les deux termes d'une équation dont l'inconnue reste la disponibilité de la ressource en eau. Plus que jamais sans doute, les cours d'eau constituent des lignes de vie pour les territoires traversés; leurs écoulements conditionneront, à l'avenir, les politiques d'aménagement du territoire et à terme, la présence humaine³ dans certaines régions. Face à cet enjeu, pour ne pas dire face à ce mur, la définition d'un nouvel ordre et équilibre quantitatif est un impératif. La matrice de ce nouvel ordre se trouve dans le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), qui constitue, à l'échelle d'un district hydrographique, le document de référence en matière de gestion et de protection des ressources en eau. En effet, le SDAGE prescrit des objectifs quantitatifs de débits, en période d'étiage, qualifié de débits objectifs d'étiage (DOE) dont l'objet est de concilier les besoins en eau de usagers avec ceux des milieux aquatiques, durant une période particulièrement critique sur le plan hydrologique.

Le débit⁴ est, à la fois, un élément caractéristique et constitutif des cours d'eau. Il est généré par le mouvement continu des eaux qui s'écoulent gravitairement d'un point à un autre, de l'amont vers l'aval. Le débit est littéralement une eau courante qui se définit par la combinaison de deux composantes, physique et temporelle: un volume d'eau écoulé entre deux points espacés géographiquement, généralement exprimé en litres ou mètres cube, rapporté à une unité de temps, généralement la seconde. Le débit imprime une dynamique qui a conduit certains auteurs, comme Blaise Pascal, à comparer les cours d'eau à des «chemins qui marchent».

³ Le Tribunal administratif de Toulon, dans un jugement du 23 Février 2024, n°2302433, a considéré qu'un maire était fondé à refuser un permis de construire en raison de l'insuffisance des ressources en eau.

⁴ L.-E. HAMELIN, *Précisions au sujet des termes de débit, d'écoulement et de ruissellement en hydrologie*, in *Cahiers de géographie du Québec*, 1957, 2, 2, pp. 139-152.

Pour le juriste, les cours d'eau ont longtemps été réduits à cette caractéristique hydrologique d'eau courante. L'article 644 du code civil⁵, en vigueur depuis 1804, pose d'ailleurs un rapport d'équivalence entre ces deux termes. L'expression «eau courante» est employée à la place de cours d'eau. Toutefois, cette synonymie doit être nuancée à la lecture de l'article 643 du code civil. En effet, pour former un cours d'eau, les eaux courantes émergeant d'une source doivent être constituées d'un débit suffisant⁶ qualifié d'«eaux publiques». Ainsi, de la quantification du débit dépendra la qualification juridique, soit de cours d'eau, soit d'eaux de sources. Cette définition «civile» du cours d'eau non domanial a été complétée et modulée, en 2016, par l'article 118 de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, codifié à l'article L. 215-7-1 du Code de l'environnement⁷:

Constitue un cours d'eau un écoulement d'eaux courantes dans un lit naturel à l'origine, alimenté par une source et présentant un débit suffisant la majeure partie de l'année. L'écoulement peut ne pas être permanent compte tenu des conditions hydrologiques et géologiques locales.

Cette disposition légale consacre une nouvelle définition des cours d'eau en introduisant un critère complémentaire, qui est relatif au statut foncier de l'écoulement. Pour qu'un écoulement soit qualifié de cours d'eau, il est nécessaire de s'assurer de l'existence d'«un lit naturel à l'origine». Sur le plan hydrologique, cette définition apporte une précision nouvelle sur les modalités d'écoulement des eaux courantes. Il est spécifié, en effet, que le débit peut être interrompu une partie de l'année en raison de considérations hydrologiques et géologiques. Ainsi, le débit doit seulement être suffisant une majeure partie de l'année. Cette

⁵ C. civ., art. 644: «Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre "De la distinction des biens", peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés».

⁶ S. DELIANCOURT, *De la définition d'un cours d'eau*, Conclusions (extraits) sous CAA Lyon, 4 mai 2022, n°20LY01126, in *Dr. Envir.*, n°313 – Juillet/Août 2022, pp. 263-265.

⁷ Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

disposition consacre l'existence des cours d'eau intermittents, c'est-à-dire sans débit une partie de l'année. Cette définition légale du cours d'eau non domanial permet pratiquement de distinguer les cours d'eau intermittents des fossés, dont les écoulements ponctuels sont liés aux apports d'eau météorique. En l'absence de données objectives et chiffrées permettant d'apprécier *a priori* la suffisance du débit, la qualification de cours d'eau reste soumise à l'interprétation du juge⁸.

En matière de gestion quantitative, la définition d'un débit suffisant en période d'étiage est du ressort de l'administration d'État⁹. L'étiage synonyme de basses eaux, est une période durant laquelle des tensions sur la ressource en eau sont susceptibles d'apparaître et d'engendrer des conflits d'usages. Pour pallier sinon anticiper cette situation, le schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), a défini, en application de l'arrêté du 17 mars 2006 modifié¹⁰, un débit de référence qualifié de débit objectifs d'étiage (DOE) poursuivant une double finalité: assurer le bon état des eaux (objectif environnemental), et satisfaire l'ensemble des usages en moyenne huit années sur dix (objectif d'usages). Le DOE, en tant qu'objectif quantitatif, exprimé en mètres cubes par seconde à différents points (*nodaux*) considérés comme stratégiques, généralement situés à la confluence des cours d'eau, traduit concrètement le niveau d'engagement d'un district hydrographique en faveur de la préservation de la ressource en eau, indispensable au maintien des activités humaines et à la conservation des espèces et milieux aquatiques. Le partage de la ressource en eau, équilibré et durable, est

⁸ Cette question a été abondamment traitée dans de nombreuses thèses. V. en particulier P. MARC, *Les cours d'eau et le droit*, Paris, 2006. M. BORDONNEAU, *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, Paris, 2009; A. FARINETTI, *La protection juridique des cours d'eau, contribution à une réflexion sur l'appréhension des objets complexes*, Paris, 2012; J. GUDEFIN, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementale*, Paris, 2015.

⁹ EAUFRANCE, *Les écoulement des cours d'eau en période estivale*, les Synthèse n°15 – Juin 2017. «Contrairement aux crues qui sont des épisodes hydrologiques relativement rapides (quelques heures à quelques jours), les étiages naturels ont des dynamiques plus lentes et sont le résultat de phénomènes hydro-météorologiques, conduisant à la baisse des débits, qui s'étendent sur plusieurs semaines à plusieurs mois».

¹⁰ Art. 6 II, arrêté du 17 mars 2006 relatif au contenu des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux.

le fondement même de ce débit de référence. Ainsi, le DOE constitue un indicateur hydrologique qui oriente et structure le cadre juridique de la gestion quantitative en période d'étiage précisément pour prévenir la crise hydrologique (1). Le DOE constitue, également, un indicateur réglementaire à partir duquel s'organise la gestion de la crise (2). L'exemple du district Adour-Garonne, correspondant au grand sud-ouest de l'hexagone, permet de mieux saisir les implications opérationnelles du DOE.

1. Les débits objectifs d'étiage (DOE), indicateur hydrologique de la gestion quantitative en période d'étiage (structurelle et opérationnelle)

De nombreux rapports¹¹ notamment parlementaires¹², ont été produits ces dernières années sur le thème de la gestion quantitative à

¹¹ Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux (CGAAER), Appui au Délégué interministériel pour le Varenne agricole de l'eau et de l'adaptation au changement climatique, Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire, rapport n°23021, juillet 2023, p. 79; CGAAER et Inspection générale de l'environnement et du développement durable (IGEDD), Les conditions de mobilisation des retenues hydroélectriques pour le soutien d'étiage sur le bassin de Loire-Bretagne, Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire et Ministère de la Transition écologique et solidaire, rapport IGEDD n°014269-01, rapport CGAAER n°22017, novembre 2022, p. 212; CGAAER et CGEDD, Les conditions de mobilisation des retenues hydroélectriques pour le soutien d'étiage dans le bassin Adour-Garonne, Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire et Ministère de la Transition écologique et solidaire, rapport CGEDD n°013099-01, rapport CGAAER n°19109, juin 2021, 136 p.; CGEDD et CGAAER, Cellule d'expertise relative à la gestion quantitative de l'eau pour faire face aux épisodes de sécheresse, Ministère de la Transition écologique et solidaire et Ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire, rapport CGEDD n°011865-01 et CGAAER, mai 2018, 131 pages. Chambres régionales & territoriales des comptes, La gestion quantitative de l'eau en période de changement climatique – Exercice 2016-2022, *Cour des comptes, rapport public thématique*, juillet 2023, p. 156.

¹² L. PRUDOMME, F. TUFFNELL, *Rapport d'information, sur la gestion des conflits d'usage en situation de pénurie d'eau*, Assemblée nationale,, 4 Juin 2020; Mission d'information sur la ressource eau au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, *Rapport d'information sur la ressource en eau, Assemblée Nationale*, rapport d'information n°1101, 21 juin 2018, 206 p. Office parle-

l'aune du changement climatique. Ce sujet est devenu une préoccupation nationale aussi importante que celle de la qualité des eaux¹³. Les enjeux liés aux aspects quantitatifs ont généré un cadre réglementaire au niveau national et des réponses opérationnelles à l'échelle des territoires. Ainsi, en Adour-Garonne, le SDAGE 2022-2027 ne compte pas moins de vingt-sept dispositions au titre de l'orientation fondamentale ayant pour titre «agir pour assurer l'équilibre quantitatif», associée à la lettre C. La disposition C3 du SDAGE identifie le DOE comme un débit de référence pour la planification structurelle de la gestion de la ressource en eau (1-1). De même, le DOE apparaît comme un débit cible pour la gestion opérationnelle des étiages qui se concrétise par le soutien des débits. L'exemple de la Garonne est ici étudié (1-2).

1.1. Le DOE, débit cible pour la planification structurelle de la gestion quantitative en période d'étiage

Le DOE constitue un objectif quantitatif structurel du SDAGE Adour-Garonne, conformément à l'article 6 II de l'arrêté ministériel du 17 mars 2006 qui prévoit que

Les objectifs de quantité en période d'étiage sont définis aux principaux points de confluence du bassin et autres points stratégiques pour la gestion de la ressource en eau appelés points nodaux sont constitués (...) dans les zones du bassin où un déficit chronique est constaté, de débits objectifs d'étiage permettant de satisfaire l'ensemble des usages en moyenne huit années sur dix et d'atteindre le bon état des eaux.

mentaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Rapport sur les aspects scientifiques et technologiques de la gestion quantitative de l'eau*, Assemblée Nationale et Sénat, rapport AN n°5187, rapport Sénat n°580, 17 mars 2022, 73 p. Mission d'information sur la Gestion durable de l'eau, *Rapport d'information sur l'urgence d'agir pour nos usages, nos territoires et notre environnement*, Sénat, rapport n°871, 11 juillet 2023, 316 p. Délégation sénatoriale à la prospective sur l'avenir de l'eau, *Rapport d'Information sur l'avenir de l'eau*, Sénat, rapport n°142, 24 novembre 2022, 166 p.

¹³ COUR DES COMPTES, *La gestion quantitative de l'eau en période de changement climatique. Exercices 2016-2022*. Rapport public thématique, Juillet 2023.

Ce débit doit satisfaire les objectifs assignés à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau définis à l'article L. 211-1 du code de l'environnement. A ce titre, le DOE est dimensionné sur le plan hydrologique pour couvrir les besoins en eau, qualifiés de prioritaires, dans les domaines de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable de la population¹⁴. En outre, le DOE doit contribuer à la satisfaction ou à la conciliation des exigences de la vie biologique des milieux aquatiques, du libre écoulement des eaux et de l'ensemble des usages préleveurs de la ressource en eau. Exprimé en débit moyen mensuel¹⁵, le DOE formalise un objectif quantitatif de retour à l'équilibre en période d'étiage, dans les secteurs marqués par un déficit chronique.

Cet indicateur hydrologique constitue le socle réglementaire de toutes les démarches visant la résorption des déficits quantitatifs. Ainsi, la définition des volumes prélevables par les usagers repose sur les valeurs de débits attachées au DOE. Il s'agit par ce dispositif de déterminer le

volume maximum que les prélèvements directs dans la ressource en période de basses eaux, autorisés ou déclarés tous usages confondus, doivent respecter en vue du retour à l'équilibre quantitatif à une échéance compatible avec les objectifs environnementaux du schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux¹⁶.

La définition des volumes prélevables vise à réajuster réglementairement les volumes prélevés par les usagers en considération des besoins en eau des milieux aquatiques. Le maintien d'un flux écologique dans les cours d'eau passe par la révision et le plafonnement des autorisations de prélèvements dans les milieux.

Ce dispositif doit permettre d'anticiper les situations de conflits d'usages sur la ressource en eau en dehors des épisodes climatiques

¹⁴ C. envir., art. L. 211-1 II.

¹⁵ C. envir., art. R. 214-1 définit, dans la nomenclature des opérations soumises à autorisation ou à déclaration en application des articles L. 214-1 à L. 214-3 du code de l'environnement, le débit de référence du cours d'eau comme le débit moyen mensuel sec de récurrence cinq ans.

¹⁶ C. envir., art. R. 211-21-1 II.

exceptionnels. Il concerne l'ensemble des bassins ou sous-bassins en déséquilibre quantitatif ou présentant un équilibre très fragile entre la ressource et les prélèvements¹⁷. Le décret n°2021-795 du 23 juin 2021 relatif à la gestion quantitative de la ressource en eau et à la gestion des situations de crise liées à la sécheresse, codifié à l'article R. 213-14 du code de l'environnement, systématise le déploiement des stratégies d'évaluation des volumes prélevables. Sur la base de ces diagnostics de territoire du point de vue de la disponibilité des ressources en eau et des besoins exprimés, le préfet coordonnateur de bassin définit et arrête les volumes prélevables. A travers ce dispositif, le préfet opère une nouvelle répartition des eaux, par territoire et par catégorie d'usages. A la suite de cette séquence, le préfet coordonnateur de bassin informe les préfets de départements pour notamment s'assurer de la mise en cohérence des règlements des schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE)¹⁸ et de la prise en compte des évaluations par les projets de territoire pour la gestion de l'eau (PTGE)¹⁹.

Enfin, le DOE aura des implications réglementaires, au moment du renouvellement des autorisations et des concessions, sur les règlements d'eau et/ou les cahiers des charges des barrages, tant hydrauliques qu'hydroélectriques. En effet, ce débit conduit structurellement à réinterroger l'affectation et le dimensionnement des volumes d'eau disponibles dans les barrages pour tenir les objectifs quantitatifs du SDAGE. En assignant des objectifs de débits à certains cours d'eau, la disposition C3 du SDAGE engage les acteurs publics collectivement à identifier des ressources en eau mobilisables ou à mobiliser pour répondre aux finalités du DOE. C'est tout le sens du rapport de mission interministérielle de Juin 2021 «sur les conditions de mobilisation des retenues

¹⁷ C. envir., art. R. 213-14.

¹⁸ C. envir., art. R. 212-47: «Le règlement du schéma d'aménagement et de gestion des eaux peut prévoir, à partir du volume disponible des masses d'eau superficielle ou souterraine situées dans une unité hydrographique ou hydrogéologique cohérente, la répartition en pourcentage de ce volume entre les différentes catégories d'utilisateurs».

¹⁹ Instruction du Gouvernement du 7 mai 2019 relative au projet de territoire pour la gestion de l'eau (PTGE). Instruction du 17 janvier 2023 portant additif à l'instruction du Gouvernement du 07 mai 2019 relative au projet de territoire pour la gestion de l'eau.

hydroélectriques pour le soutien d'étiage dans le bassin Adour-Garonne» dit rapport «Le Coz»²⁰. Les volumes d'eau réservés au soutien des débits mis en œuvre depuis les réservoirs hydroélectriques sont, depuis de 2020, situés aux alentours de 185 millions de m³. Ce rapport ambitionne le doublement de ces volumes pour intensifier le soutien des débits en prévision du réchauffement climatique.

1.2. Le DOE, débit cible pour la gestion opérationnelle des étiages concrétisée par le soutien des débits de la Garonne

Pour la Garonne, la période d'étiage est fixée par le plan de gestion d'étiage (PGE) Garonne-Ariège entre le 1^{er} juin et le 31 octobre²¹. Durant cette période, le DOE est appréhendé en valeur journalière. D'après l'arrêté d'orientation de bassin (AOB) du district Adour-Garonne du 24 mars 2023²², le maintien du DOE est bien l'objectif du soutien des débits, aussi appelé soutien d'étiage. Cette activité consiste pratiquement à opérer des lâchers d'eau depuis un ou plusieurs ouvrages hydrauliques (barrage, canal ou adducteur) pour réguler les débits d'un cours d'eau – qualifiés d'axes réalimentés par la disposition C3 du SDAGE Adour-Garonne 2022-2027. Le soutien des débits est mis en œuvre sur d'autres territoires hydrographiques de l'hexagone comme la Seine. Autrement dit, cette activité n'est pas une spécificité d'Adour-Garonne.

La qualification juridique du soutien des débits ne ressort actuellement d'aucun texte législatif ou réglementaire. Elle est pour l'instant d'origine jurisprudentielle. L'affaire qui a donné lieu à la qualification de cette activité concernait la réalimentation artificielle des débits des cours d'eau influencés par les ouvrages hydrauliques de l'établissement

²⁰ Rapport CGEDD n°013099-01, CGAAER n°19109, D. AUVERLOT, P. FOLLENFANT, A. JOLY, C. LE COZ, coordonnateur, *Conditions de mobilisation des retenues hydroélectriques pour le soutien d'étiage dans le bassin Adour-Garonne*, Juin 2021, p. 12/136.

²¹ Voir le lien www.smeag.fr.

²² SGAR - R76-2023-03-24-00001 - Arrêté d'orientation de bassin relatif au renforcement de la coordination des mesures de gestion de la sécheresse sur le bassin Adour-Garonne, publié le 24 mars 2023.

public «Seine Grands lacs». La Cour administrative d'appel de Nancy, dans un arrêt en date du 22 avril 1993²³, a qualifié cette activité de service public. La Cour a considéré que le lac d'Orient, plan d'eau artificiel qui a été réalisé aux fins de réguler le débit de la Seine était affecté à un service public. En l'espèce, la régulation concernait aussi bien les débits d'étiages que les débits de crue.

En tant que mesure prescrite par le SDAGE Adour-Garonne, le soutien des débits relève de la double responsabilité de l'Etat et de son établissement public administratif, l'agence de l'eau. En effet, conformément à l'article R. 213-14 du code de l'environnement, le préfet coordonnateur de bassin doit veiller à l'atteinte des objectifs environnementaux fixés par le SDAGE, notamment à travers une utilisation efficace, économe et durable de la ressource en eau. De son côté, l'agence de l'eau est légalement tenue de mettre en œuvre le SDAGE, en application de l'article L. 213-8-1 du code de l'environnement, «en favorisant une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau et des milieux aquatiques, l'alimentation en eau potable, la régulation des crues et le développement durable des activités économiques». C'est d'ailleurs sous l'autorité de l'État et de l'agence de l'eau que le soutien des débits de la Garonne s'est mis en place dans les années 1990.

Historiquement, le soutien des débits de la Garonne est apparu à la suite des sécheresses des années 1989 et 1990²⁴. En 1989, le tout premier soutien des débits a pris la forme d'un «achat» d'eau de l'État à Électricité de France (EDF). Ainsi, «40 millions de m³ ont été «achetés» exceptionnellement à EDF par le ministère de l'Agriculture pour le bassin Garonne amont et pour le Tarn»²⁵. Face à la persistance de la

²³ CAA Nancy, 22 avril 1993, n°92NC00595, 93NC00017.

²⁴ L. SORMAIL, *Besoins en eau et politique de soutien d'étiage dans la vallée de la Garonne*, in *RGPSO*, 1989, T. 60, pp. 535-548: «La séquence de sécheresse a commencé dès le mois d'août 1988 et s'est traduite sur les douze mois qui l'ont suivi par un déficit cumulé des pluies qui n'avait pas été observé depuis 1949 et qui atteint 35%». Cette pénurie s'est manifestée par un faible stock neigeux au début du printemps, par une alimentation très limitée des nappes phréatiques et par des débits très faibles des rivières qui avaient atteint en janvier 1989 des valeurs voisines des étiages d'été et enfin par un remplissage incomplet des barrages-réservoirs.

²⁵ L. SORMAIL, *op. cit.*, p. 545.

sécheresse hydrologique, le 16 mai 1990²⁶, l'État et EDF décidèrent de conclure une convention nationale par laquelle l'hydroélectricien s'engageait à mettre à disposition une partie des réserves en eau stockées dans ses barrages pour réalimenter les cours d'eau²⁷. Cet accord national fut décliné localement dans le cadre de conventions²⁸ dans lesquelles l'agence de l'eau et les collectivités territoriales s'associent.

Dès l'origine, l'État a confié le soutien des débits du fleuve Garonne au syndicat mixte d'études et d'aménagement de la Garonne (SMEAG), présidé alors par Evelyne-Jean BAYLET. Cet établissement public regroupant les quatre départements riverains du fleuve (Haute-Garonne, Tarn-et-Garonne, Lot-et-Garonne et Gironde), ainsi que les deux régions concernées (Midi-Pyrénées et Aquitaine), était le seul opérateur territorial dimensionné pour organiser la réalimentation de la Garonne depuis les barrages pyrénéens jusqu'à l'estuaire de la Gironde. Le soutien des débits fut présenté aux collectivités territoriales membres du SMEAG comme une mesure d'attente de la mise en œuvre du Programme de Développement des Ressources en Eau (PDRE) du Comité de Bassin. Ce programme projetait notamment la création de plusieurs ouvrages de stockage sur la période 1989-1998, dont le réservoir dit de «Charlas».

La première convention de soutien des débits de la Garonne dite de «coopération» est intervenue le 21 juillet 1993. Elle associait l'État, EDF, l'agence de l'eau et le SMEAG – tous quatre financeurs. Elle avait pour objet de définir les conditions techniques et financières du soutien des débits réalisé à partir des retenues situées dans les Pyrénées. Les volumes annuels mobilisables étaient alors plafonnés à 40 Mm³. En 2022, un septième contrat toujours qualifié de coopération²⁹ était signé entre les mêmes parties prenantes pour deux ans supplémentaires. En

²⁶ C. LE COZ, *op. cit.*

²⁷ B. MECLLOT, J. MASSON, J. EON, *Évolution de l'exploitation des ouvrages. Ouvrages à buts multiples*, in *La Houille Blanche*, 2-3, 1992, pp. 125-128.

²⁸ B. MECLLOT, P. LARIVAILLE, J.-P. MEUNIER, *Évolution de la conception et de la gestion des aménagements hydroélectriques*, in *La Houille Blanche*, 7/8, 1991, pp. 559-563.

²⁹ SMEAG, *30 ans de soutien des débits en période d'étiage de la Garonne*, plaquette de présentation 2023.

2024, les volumes mobilisables par le SMEAG s'élèvent à près de 80 Mm³ dont 70 Mm³ mobilisés au moyen des conventions avec EDF³⁰. Ce soutien des débits en faveur de l'axe Garonne s'est progressivement étendu à l'ensemble des bassins du district Adour-Garonne (Adour, Lot, Tarn-Aveyron, Dordogne, Charente) avec toutefois des modalités d'organisation différentes selon les territoires et les acteurs.

D'origine contractuelle, le soutien des débits a ponctuellement été inscrit dans les titres de quatre concessions hydroélectriques: Pradières (12 hm³)³¹, Oô (5 hm³)³², Artigues/Gréziolles (2,8 hm³)³³ et Thuriès (1,2 hm³)³⁴. Ces précédents ont, sans doute, incité le pouvoir réglementaire à généraliser ce dispositif par le décret du 27 avril 2016³⁵ approuvant le nouveau modèle de cahier des charges des concessions d'énergie hydraulique. En effet, l'article 43 du modèle de cahier des charges prévoit que

³⁰ COUR DES COMPTES, rapport public annuel 2024, Deuxième partie: le cadre de vie et les infrastructures. Chapitre thématique sur *L'adaptation des parcs nucléaire et hydro-électrique au changement climatique*, p. 330.

³¹ Cahier des charges de la concession pour l'exploitation de la chute hydroélectrique de Pradières approuvé par arrêté préfectoral du 9 décembre 2007.

³² Cahier des charges de concession pour l'exploitation de la chute d'eau hydroélectrique du lac d'Oô approuvé par arrêté préfectoral du 23 juillet 2007.

³³ Cahier des charges des entreprises hydrauliques concédées sur l'Adour de Garet et Adour du Tourmalet – concession des chutes d'Artigues – annexé à l'arrêté préfectoral du 18 décembre 2008.

³⁴ Cahier des charges des entreprises hydrauliques concédées sur le Viaur – Concession de la chute de Thuriès – annexé à l'arrêté interpréfectoral du 8 octobre 1999.

³⁵ Décret n°2016-530 du 27 avril 2016 *relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions*. Le même décret prévoit une nouvelle procédure lors du renouvellement du titre des concessions hydroélectriques visant à prendre en compte les enjeux de gestion équilibrée et durable de la ressource en eau (GEDRE), codifiée à l'article R. 521-4 du code de l'énergie: «À la demande de l'autorité administrative, le préfet du département où se situent les ouvrages existants ou à édifier, ou, le cas échéant, le préfet coordonnateur, élabore et rend public, après avoir procédé aux consultations et concertations appropriées, un document de synthèse destiné à informer le public et les candidats potentiels à l'octroi de la concession sur les différents enjeux liés à la gestion équilibrée et durable de la ressource en eau dans le périmètre du projet».

Le concessionnaire conclut avec l'État, l'Agence de l'eau et l'organisme chargé de la gestion du soutien d'étiage une convention précisant les modalités techniques et, le cas échéant, financières de ce soutien. Si une modification de cette convention proposée par l'une des parties ne recueille pas l'accord des autres parties, le préfet peut, dans les limites maximales prévues par le règlement d'eau, requérir l'utilisation du volume d'eau nécessaire³⁶.

Cependant, cette disposition réglementaire a très peu été traduite dans les cahiers des charges des concessions hydroélectriques en raison principalement des difficultés posées par le renouvellement des concessions hydroélectriques³⁷. Le renouvellement des concessions hydroélectriques fait l'objet d'un précontentieux entre la Commission européenne et la France. Malgré plusieurs lettres de mise en demeure, le Gouvernement français n'a toujours pas apporté de réponses qui semblent satisfaire la Commission³⁸. Ainsi, le schéma contractuel du soutien des débits perdure, en dehors de toute inscription dans les cahiers des charges, en attendant que la France propose une solution acceptable pour la Commission européenne. L'abandon à titre expérimental du cadre concessif est une solution qui devait être débattue devant l'Assemblée nationale³⁹. La dissolution de l'Assemblée nationale, le 9 juin 2024, n'a pas permis d'examiner cette proposition.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ COUR DES COMPTES, Compte de commerce 914, *Renouvellement des concessions hydroélectriques*, note d'analyse de l'exécution budgétaire, 2021.

³⁸ Rapport de commission d'enquête n°714, sur la production, la consommation et le prix de l'électricité aux horizons 2035 et 2050. Sénat, F. MONTAUGE, V. DELAHAYE, 2 juillet 2024: «régler le conflit des concessions hydroélectriques est une nécessité urgente», p. 555 et s.

³⁹ L'article 21 de la proposition de loi portant programmation nationale et simplification normative dans le secteur économique de l'énergie qui devait être discuté le 11 juin 2024 devant l'Assemblée nationale concernait le changement, à titre expérimental, de régime juridique de l'exploitation des barrages hydroélectriques. Il était prévu le passage de la concession au régime d'autorisation. Ce scénario conduit à transférer la propriété de l'ensemble du patrimoine hydroélectrique appartenant à l'État depuis la loi du 16 octobre 1919 au concessionnaire, EDF. La dissolution de l'Assemblée nationale par le décret du Président de la République en date du 9 juin 2024 a empêché que cette proposition soit mise en débat.

Enfin, bien que prévu et organisé contractuellement, le soutien des débits peut se révéler insuffisant pour tenir l'objectif du DOE en raison du caractère limité des ressources en eau disponible. Dans son arrêté d'orientation de bassin (AOB) du 24 mars 2023⁴⁰, le préfet coordonnateur du bassin Adour-Garonne a anticipé cette situation en prévoyant de réviser à la baisse les objectifs visés par le soutien des débits. Dans cette hypothèse, le préfet de département est invité de prendre des mesures complémentaires de restriction temporaire des usages de l'eau. Les mesures de restriction ont pour objectif de maintenir les débits les plus proches possibles des DOE et d'éviter le franchissement des débits de crise (DCR). Le franchissement du DOE, considéré comme un indicateur réglementaire, ouvre une période d'exception de gestion des situations de crise liées à la sécheresse hydrologique.

2. Les débits objectifs d'étiage (DOE), indicateur réglementaire de gestion de la crise

La situation de sécheresse hydrologique est caractérisée par le franchissement des DOE⁴¹. En période de sécheresse, lorsqu'une pénurie d'eau est prévisible, les préfets sont tenus de prendre des mesures de restrictions d'eau graduelles et temporaires (2-2)⁴², permettant d'assurer l'exercice des usages prioritaires (2-1).

⁴⁰ SGAR - R76-2023-03-24-00001 - Arrêté d'orientation de bassin relatif au renforcement de la coordination des mesures de gestion de la sécheresse sur le bassin Adour-Garonne, publié le 24 mars 2023.

⁴¹ Instruction du 27 juillet 2021 relative à la gestion des situations de crise liées à la sécheresse hydrologique.

⁴² Guide circulaire de mise en œuvre des mesures de restriction des usages de l'eau en période de sécheresse à destination des services chargés de leur prescription en métropole et en outre-mer, Mai 2023 - Ministère de la Transition Écologique et de la Cohésion des Territoires.

2.1. *La priorisation des enjeux et des usages en période de crise*

L'article L. 211-1 II du Code de l'environnement pose le principe d'une priorisation des usages de l'eau en fonction d'une échelle de valeurs qu'il convient de rappeler en citant in extenso cet article: «la gestion équilibrée doit permettre en priorité de satisfaire les exigences de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable de la population». Elle doit également permettre de satisfaire ou concilier, lors des différents usages, activités ou travaux, les exigences: 1° De la vie biologique du milieu récepteur, et spécialement de la faune piscicole et conchylicole; 2° De la conservation et du libre écoulement des eaux et de la protection contre les inondations; 3° De l'agriculture, des pêches et des cultures marines, de la pêche en eau douce, de l'industrie, de la production d'énergie, en particulier pour assurer la sécurité du système électrique, des transports, du tourisme, de la protection des sites, des loisirs et des sports nautiques ainsi que de toutes autres activités humaines légalement exercées. De ce texte, il ressort que certains usages bénéficient d'un statut «d'usages préservés» comme la sécurisation de l'alimentation en eau potable et des usages de sécurité civile (2-1-a) et la préservation des milieux aquatiques (2-1-b).

2.1.1. *La sécurisation de l'alimentation en eau potable et des usages de sécurité civile*

En période de sécheresse hydrologique, la rupture d'approvisionnement en eau potable présente une probabilité élevée. L'alimentation en eau potable est donc un usage prioritairement préservé. Toutefois, cet intitulé recouvre une pluralité d'usages domestiques qui ne présentent pas tous le même intérêt vital. L'eau potable peut être utilisée à différentes fins: comme

bien consommable, mais aussi pour l'hygiène corporelle, les sanitaires, l'entretien de l'habitat ou encore les tâches ménagères. L'alimentation en eau potable est également utilisée dans le cadre de services publics, pour l'arrosage des jardins publics ainsi que des terrains de sport, ou

encore pour le remplissage des piscines, et pour les besoins en eau potable des acteurs publics et privés⁴³.

Aussi, au sein de cette «famille d'usages», tous ne peuvent bénéficier du même niveau de protection.

Les plans ORSEC «eau potable» prévus par l'instruction interministérielle du 19 juin 2017⁴⁴ ont prévu une priorisation des usages en fonction de leur caractère essentiel. L'annexe 2 de l'arrêté du 19 juin 2017 explicite la manière dont cette priorisation de l'accès à l'eau potable doit être envisagée:

En cas de pénurie d'eau potable envisagée à moyen terme, une segmentation des réseaux d'adduction publique afin de cibler la distribution vers certains usagers peut être envisagée. Il s'agit alors de fermer certaines parties de réseaux et de supprimer la distribution sur des secteurs pré-identifiés, afin de conserver le plus longtemps possible l'alimentation en eau potable pour les usagers sensibles ainsi que pour d'autres activités présentant des enjeux économiques. La sectorisation des réseaux préconisée dans le cadre des études patrimoniales constitue de ce fait une action préventive intéressante à mener par les collectivités⁴⁵. (...) Différents niveaux de priorité peuvent différencier les usagers prioritaires et les différentes catégories d'activités essentielles afin d'être en mesure d'opérer une gradation de la segmentation des réseaux de distribution, dans la mesure du possible, au fur et à mesure que les volumes disponibles s'amenuisent⁴⁶.

Dans ce cadre, l'utilisation de l'eau potable à des fins de lutte contre les incendies a le même niveau de priorité que l'eau pour la consommation humaine.

⁴³ L. PRUDOMME, F. TUFFNELL, *Rapport d'information sur la gestion des conflits d'usage en situation de pénurie d'eau*, Assemblée nationale, cit.

⁴⁴ Instruction interministérielle du 19 juin 2017 relative à l'élaboration du dispositif de gestion des perturbations importantes de l'approvisionnement en eau potable (ORSEC-Eau potable).

⁴⁵ Annexe 2 - Restrictions d'usages de l'eau potable et priorisation de l'accès à l'eau potable, de l'instruction interministérielle N°DGS/VSS2/DGCS/DGSCGC/2017/138 du 19 juin 2017 relative à l'élaboration du dispositif de gestion des perturbations importantes de l'approvisionnement en eau potable (ORSEC-Eau potable).

⁴⁶ *Ibid.*

2.1.2. La préservation des milieux aquatiques

Les milieux aquatiques participent de l'équilibre naturel des cours d'eau. A ce titre, ils sont considérés comme «les premiers usagers» de l'eau⁴⁷. Leur préservation est donc fondamentale. Cette importance est d'ailleurs rappelée par l'article L. 210-1 du code de l'environnement qui précise le respect des équilibres naturels implique la préservation et, le cas échéant, la restauration des fonctionnalités naturelles des écosystèmes aquatiques, superficiels ou souterrains, ainsi que de leurs interactions. Ces fonctionnalités étant essentielles à l'adaptation au changement climatique ainsi qu'à l'atténuation de ses effets.

En 2015, dans une communication, la Commission européenne a estimé qu'il était nécessaire de mieux tenir compte des besoins en eau de la nature pour atteindre les objectifs environnementaux de la directive cadre sur l'eau (DCE)⁴⁸, déclinés dans le SDAGE. Précisément, le DOE répond à cette finalité. Pour autant, pour répondre aux attentes de la Commission, il est apparu nécessaire à la France de s'engager dans une réflexion visant à étendre son application au-delà des points nodaux. Ainsi, sous l'autorité de l'Office français de la biodiversité (OFB- ex-ONEMA), un nouveau concept de débit est apparu. Il s'agit du débit minimum biologique (DMB)⁴⁹ qualifié parfois de débits biologiques.

Le DMB peut s'analyser comme une déclinaison généralisée des DOE. Il vise la compatibilité quantitative des prélèvements avec la vie biologique considérée à l'échelle d'un bassin versant. Cette finalité «naturaliste» des DMB a conduit l'administration d'Etat (service de police de l'eau et OFB) à l'assimiler au débit minimal de l'article L. 214-18 du code de l'environnement. Pour rappel, le débit minimal

⁴⁷ Les milieux naturels contribuent directement au renouvellement et au maintien de la qualité des eaux. L. PRUDOMME, F. TUFFNELL, *Rapport d'information sur la gestion des conflits d'usage en situation de pénurie d'eau*, Assemblée nationale, cit.

⁴⁸ Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, Directive-cadre sur l'eau et directive sur les inondations, sur les mesures à prendre pour atteindre le «bon état» des eaux de l'Union européenne et réduire les risques d'inondation, 9 Mars 2015 - COM (2015) 120 final.

⁴⁹ CRESEB, *Débit minimum biologique et gestion quantitative de la ressource en eau*. Guide version 0 novembre 2015.

visé à maintenir dans le lit d'un cours d'eau un débit suffisant, au droit des ouvrages construits en travers, pour garantir en permanence la vie, la circulation et la reproduction des espèces vivant dans les eaux.

Pourtant, l'assimilation de ces deux débits paraît discutable au regard même des objectifs poursuivis techniquement par le DMB qui sont plus larges que l'objectif circonscrit et localisé du débit minimal. Le DMB remplit plusieurs fonctions comme la préservation de la qualité physico-chimique des eaux (maintenir les capacités de dilution du cours d'eau), le maintien de la continuité écologique (ligne d'eau suffisante pour le franchissement des ouvrages en aval), la préservation du bon fonctionnement des zones humides périphériques (préserver les échanges entre la nappe et la rivière), ou encore le maintien d'un débit assurant une capacité d'accueil minimale des populations d'organismes peuplant les cours d'eau. Une clarification légale ou réglementaire s'impose pour donner une assise juridique au DMB qui est plus proche du DOE puisqu'il en est la déclinaison que du débit réservé.

En tout état de cause, lorsque les débits sont insuffisants pour tenir les objectifs quantitatifs des DOE, les préfets mettent en œuvre des plans de gestion de crise comportant des mesures temporaires de limitation d'usages ou d'activité ou bien de réquisition en se fondant sur l'article R. 211-66 et suivants du code de l'environnement.

2.2. La gestion de la crise par la restriction provisoire des usages et/ou la réquisition de la ressource en eau

Lorsque le soutien des débits n'a pas permis de maintenir le DOE, le préfet de département, dispose alors d'un arsenal de mesures à portée coercitive pour répondre au risque de pénurie. Le préfet de département peut prendre un ou plusieurs arrêtés de restriction temporaire des usages de l'eau à l'intérieur de secteurs identifiés comme des «zones d'alerte»⁵⁰.

⁵⁰ C. envir., art. R. 211-67 I: «Une zone d'alerte est définie comme une unité hydrologique ou hydrogéologique cohérente au sein d'un département, désignée par le préfet au regard de la ressource en eau. Le préfet informe le préfet coordonnateur de bassin du découpage effectif des zones d'alerte. Dans la ou les zones d'alerte ainsi désignées, chaque déclarant, chaque titulaire d'une concession ou d'une autorisation administra-

Ces mesures doivent être proportionnées au but recherché, et ne peuvent être prescrites que pour une période limitée, éventuellement renouvelable. Elles sont graduées selon quatre niveaux de gravité: la vigilance, l'alerte, l'alerte renforcée et la crise. A chaque niveau de gravité correspond des mesures de restriction prédéfinies dans un arrêté-cadre «sécheresse» prévu par l'article R. 211-67 du code de l'environnement.

En Adour-Garonne, en cohérence avec le guide circulaire «sécheresse»⁵¹, le niveau de vigilance sert de référence au déclenchement des mesures de communication et de sensibilisation du grand public et des professionnels aux règles de bon usage et d'économie d'eau. L'ensemble des usages continue d'être satisfait. Le niveau d'alerte, correspondant à 80% du DOE en Adour-Garonne, matérialise une rupture d'équilibre entre la coexistence des usages anthropiques et le bon fonctionnement des milieux aquatiques. Des mesures de restrictions des usages non prioritaires sont alors prises. Elles induisent une réduction minimale de 30% de la pression de prélèvements dans le milieu, qui peut se traduire, en volume, en débit ou en durée de prélèvement. Le niveau d'alerte renforcée est une aggravation du niveau d'alerte. Tous les prélèvements ne peuvent plus être simultanément satisfaits. La restriction des usages vise la réduction minimale de 50% de la pression de prélèvements dans le milieu. Le débit d'alerte renforcée est calculé à partir du débit de crise (DCR). *Le débit de crise* étant défini par l'arrêté du 17 mars 2006 modifié relatif au contenu du SDAGE comme le débit pour lequel la priorité est donnée à l'alimentation en eau potable et aux exigences de la santé, de la salubrité publique et de la sécurité civile.

Dans ce contexte de crise, les mesures de restrictions ne concernent pas tous les usages. Certains sont, en effet, exemptés en raison de leur statut juridique comme les usages bénéficiant d'un «débit affecté» au sens de l'article L. 214-9 du code de l'environnement. Il s'agit, en effet,

tive de prélèvement, de stockage ou de déversement fait connaître au préfet ses besoins réels et ses besoins prioritaires, pour la période couverte par les mesures envisagées».

⁵¹ MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET DE LA COHESION DES TERRITOIRES, *Guide circulaire de mise en œuvre des mesures de restriction des usages de l'eau en période de sécheresse à destination des services chargés de leur prescription en métropole et en outre-mer*, Mai 2023.

d'un débit artificiel qui est affecté, par déclaration d'utilité publique à certains usages, et qui est «garanti» par un ouvrage hydraulique qui permet la régulation du débit d'un cours d'eau ou l'augmentation de son débit en période d'étiage. Ce dispositif confère à ses bénéficiaires une priorité d'accès à la ressource, en fonction des ressources disponibles aux différentes époques de l'année.

Au titre des exemptions, un arrêté du 30 juin 2023 relatif aux mesures de restriction, en période de sécheresse, portant sur le prélèvement d'eau et la consommation d'eau des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)⁵² a défini les activités en mesure d'échapper également aux mesures de restriction. Parmi les usages concernés par cette mesure d'exemption, on trouve les installations nécessaires à des activités considérées comme stratégiques ou vitales comme par exemple:

le captage, le traitement et la distribution d'eau destinée à la consommation humaine (eau potable) ou d'eaux conditionnées (eau de source, eau rendue potable par traitements, eau minérale naturelle); le captage, le traitement et la distribution d'eau destinée aux établissements de santé, aux établissements et aux services sociaux et médico-sociaux; l'alimentation en eau pour l'abreuvement, la santé, la survie et le bien-être des animaux et le respect des règles sanitaires liées aux animaux; la transformation agroalimentaire en flux poussé: transformation ou conditionnement en produits et ingrédients destinés à l'alimentation humaine et animale de matières premières d'origine agricole périssables à l'état frais, qui ne sont pas à l'état congelé, et dont la transformation ne peut être différée; la production de médicaments d'intérêt thérapeutique majeur et leurs principes actifs ou de médicaments contribuant à une politique de santé publique définie par le ministre chargé de la santé (...).

Cet arrêté prévoit également d'exempter les activités participant à la production, la distribution et la cogénération d'électricité. Sont concernés également les installations de production et de distribution d'énergie produite à partir de sources renouvelables mentionnées à l'article L. 211-2 du code de l'énergie. Autrement dit, les barrages hydroélectriques concédés ou autorisés ne sont pas concernés par les mesures de restrictions d'usages de l'eau.

⁵² JORF, n°0154 du 5 juillet 2023.

En revanche, ces mêmes ouvrages, peuvent faire l'objet d'une mesure de réquisition en vertu de l'article R. 211-66 du code de l'environnement qui prévoit qu'un préfet peut toujours «imposer des opérations de stockage ou de déstockage de l'eau. Dans ce cas, l'arrêté imposant l'opération est porté à la connaissance de l'exploitant par tous moyens adaptés aux circonstances». Toutefois, cette disposition pourrait ne jamais trouver à s'appliquer dans l'hypothèse où des conventions de soutien de débits existeraient.

La gestion quantitative de la ressource en eau en période de sécheresse s'inscrit désormais pleinement dans une démarche d'urgence climatique et hydrologique. Face à l'accélération perceptible du changement climatique, l'instruction du 14 décembre 2023⁵³ a rappelé les grandes lignes directrices de cette politique publique. Parmi les modalités de gestion quantitative de la ressource en eau⁵⁴, le soutien des débits n'est pas identifié.

Cette invisibilité politique s'explique-t-elle, sans doute, par l'absence de cadre juridique dédié à cette activité et son organisation. Le statut et le régime juridique du soutien des débits demandent à être légalement définis. Cette reconnaissance légale permettrait de faire émerger les différentes étapes préalables à la réalimentation des cours d'eau en période de basses eaux comme:

- la définition et la fixation des DOE en tant que débits règlementaires (SDAGE/arrêté 17 mars 2006) visant la répartition des eaux entre les usages et les milieux (Bon état);
- la définition des volumes prélevables formalisant la répartition des eaux entre usages mais également en tenant compte des besoins des milieux aquatiques (Bon état);

⁵³ Instruction du 14 décembre 2023 relative à la mise en œuvre du décret n°2021-795 du 23 juin 2021 et du décret n°2022-1078 du 29 juillet 2022 relatifs à la gestion quantitative de la ressource en eau.

⁵⁴ L'instruction comporte cinq fiches: Fiche n°1: Les volumes prélevables en période de basses eaux et leur répartition entre Usages. Fiche n°2: Évaluation des volumes «hors période de basses eaux» (mise en œuvre du décret du 29 juillet 2022). Fiche n°3: Les autorisations uniques de prélèvement d'eau pour l'irrigation (AUP). Fiche n°4: Le plan annuel de répartition (PAR). Fiche n°5: La zone de répartition des eaux (ZRE).

- la mobilisation dans les barrages hydroélectriques (concession) et hydrauliques des volumes d'eau réservés à la répartition des eaux (Usages/milieux aquatiques);
- la désignation d'un opérateur territorial pour mettre en œuvre pratiquement la répartition des eaux entre les usages et les milieux;
- le soutien des débits comme action visant à maintenir les DOE, dans les limites des stocks disponibles à cet effet.

La consécration juridique du DOE et des dispositifs associés comme le soutien des débits constituerait une évolution positive pour la gestion quantitative de la ressource en eau.

LES SAVOIR-FAIRE TRADITIONNELS D'ADAPTATION AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES À L'ÉPREUVE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME AU SAHEL: CAS DU BURKINA FASO

*Paul Damiba**

SOMMARIO: 1. Changements climatiques et terrorisme: deux défis majeurs du Sahel. 1.1. La vulnérabilité accentuée aux changements climatiques. 1.2. La sécheresse/désertification, phénomènes climatiques majeurs. 2. Le cadre juridique de lutte de faible effectivité. 2.1. La progression rapide du terrorisme au sahel. 2.2. L'origine et l'expansion du phénomène au Burkina. 2.3. La réponse privilégiant l'approche militaire. 3. Bonnes pratiques d'adaptation: les savoir-faire traditionnels. 3.1. La diversité des savoir-faire traditionnels d'adaptation. 3.2. Les pratiques anciennes d'adaptations aux changements climatiques. 3.3. Les pratiques nouvelles d'adaptation aux changements climatiques. 4. Les difficultés d'application des savoir-faire traditionnels. 4.1. L'inaccessibilité des ressources naturelles. 4.2. Les pratiques de survie nuisibles à l'environnement. 4.2. Les pratiques de survie nuisibles à l'environnement. 5. Conclusion.

Résumé

Les changements climatiques ont imposé aux sociétés rurales du Sahel notamment celles du Burkina Faso, des formes d'adaptation qui se révèlent relativement efficaces pour leur survie dans un environnement hostile. Par leurs savoir-faire traditionnels dans plusieurs secteurs d'activités d'importance vitale pour ces sociétés, celles-ci ont contribué en de nombreux endroits à restaurer le couvert végétal, la biodiversité et à réhabiliter les terres arides pour une exploitation agricole et pastorale. Cependant, cette cohabitation harmonieuse avec la nature est menacée depuis une décennie par une insécurité persistante liée au terrorisme qui a provoqué des déplacements massifs de populations et rendu les ressources naturelles inaccessibles.

* Magistrat/Doctorant en Droit public à l'Université de Limoges.

Abstract

Climate change has imposed forms of adaptation on rural societies in the Sahel, particularly those in Burkina Faso, which are proving relatively effective for their survival in a hostile environment. Through their traditional know-how in several sectors of vital importance for these companies, they have contributed in many places to restoring plant cover, biodiversity and rehabilitating arid lands for agricultural and pastoral exploitation. However, this harmonious cohabitation with nature has been threatened for a decade by persistent insecurity linked to terrorism which has caused massive displacements of populations and made natural resources inaccessible.

Riassunto

Il cambiamento climatico ha imposto alle società rurali del Sahel, in particolare a quelle del Burkina Faso, forme di adattamento che si stanno rivelando relativamente efficaci per la loro sopravvivenza in un ambiente ostile. Attraverso il loro know-how tradizionale in diversi settori di vitale importanza per queste aziende, hanno contribuito in molti luoghi al ripristino della copertura vegetale, della biodiversità e alla riabilitazione delle terre aride per lo sfruttamento agricolo e pastorale. Tuttavia, questa convivenza armoniosa con la natura è minacciata da un decennio dalla persistente insicurezza legata al terrorismo che ha causato massicci spostamenti di popolazioni e reso inaccessibili le risorse naturali.

Les phénomènes climatiques ont de tout temps existé¹, contraignant sans cesse l'humanité à s'adapter en fonction de la gravité de menaces qu'ils représentent pour sa survie. Les habitudes et les modes de vies² des sociétés humaines sont façonnées à partir du vécu quotidien c'est-à-dire des opportunités offertes et des contraintes dictées par l'environnement. Jusqu'au milieu du XVIII^{ème} siècle correspondant à la période préindustrielle, la relation de l'homme et son environnement était régulée essentiellement par des facteurs naturels. Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle, qu'un tournant a été amorcé avec la

¹ Les tempêtes, les sécheresses, les inondations, les éruption volcaniques etc. ne sont pas des phénomènes nouveaux même s'ils se sont exacerbés ces dernières décennies.

² Les habitudes alimentaires, les modes vestimentaires, l'habitat et les moyens de déplacement sont influencés par les conditions climatiques.

révolution industrielle³, favorisée par les progrès techniques et scientifiques, qui a entraîné une hausse de la consommation de l'énergie fossile. A l'époque, des scientifiques comme Svante Arrhénius⁴ avaient démontré la corrélation entre la consommation du charbon et l'augmentation du Gaz à effet de serre à l'origine des dérèglements climatiques. Cependant leurs alertes furent systématiquement battues en brèche et pour cause, non seulement les effets des réchauffements climatiques n'étaient guère clairement perceptibles mais surtout, l'Europe ne pouvait se passer du charbon dont elle dépendait exclusivement comme source d'énergie indispensable pour son essor économique.

La prise de conscience véritable des effets du réchauffement climatique n'a été provoquée que par des successions de catastrophes naturelles⁵ survenues dans les années 1970 et les preuves scientifiques abondantes sur leur origine.

Ces dernières décennies, les phénomènes climatiques se sont multipliés à un rythme jamais égalé⁶. Selon le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), le Gaz à effet de serre a connu une augmentation exponentielle dont l'origine est loin d'être naturelle. Dans son sixième rapport d'évaluation⁷, il relève que les activi-

³ L'industrialisation a fait ses débuts en Grande Bretagne avant de s'étendre progressivement à toute l'Europe puis au reste du monde.

⁴ Svante Arrhénius (1859-1927) est un chimiste suédois qui avait attiré l'attention du monde dès la fin du 19^e siècle sur le réchauffement lié aux rejets de gaz carbonique dus à l'utilisation du charbon. Dans un article paru dans le *Philosophical Magazine and Journal of Science*, il s'y inquiétait de l'accumulation de dioxyde de carbone dans l'atmosphère. Il expliquait que les émissions de CO₂ risquaient de créer un effet de serre, et que cela pourrait entraîner un réchauffement climatique prématuré et dangereux pour notre planète. Disponible en ligne sur <https://www.ouest-france.fr/leditiondu-soir/2019-06-26/qui-etait-svante-arrhenius-le-premier-homme-a-avoir-predit-le-rechauffement-climatique-9b6a0e31-fa53-4639-9f52-1bab3cf2d561>.

⁵ Notamment les sécheresses au sahel, les vagues de chaleur en Europe et en Amérique, les inondations en Australie, la grande tempête au Bangladesh etc.

⁶ On se rappelle des tsunamis de 2004 qui ont touchés l'Asie du Sud Est, les inondations au sahel, l'ouragan Katrina en 2005 aux USA, les vagues de chaleurs été 2024 etc.

⁷ GIEC, 2014: *Changements climatiques 2014: Rapport de synthèse. Contribution des Groupes de travail I, II et III au cinquième Rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat* [Sous la direction de l'équipe de rédaction principale, R.K. Pachauri et L.A. Meyer]. GIEC, Genève, Suisse, 161 p.

tés humaines sont la première cause de cette augmentation à travers notamment les industries, les transports, l'agriculture, les bâtiments et la production d'énergie. Cette responsabilité de l'homme a également été relevée par la Convention Cadre des Nations Unies sur le Changement Climatique de 1992 qui distingue les changements climatiques imputables aux activités humaines de la variabilité climatique résultant des causes naturelles⁸.

Selon les prévisions, le réchauffement anthropique estimé de la planète augmente actuellement de 0,2°C par décennie en raison des émissions passées et actuelles⁹. Au rythme actuel, les augmentations atteindront certainement 1,5°C de réchauffement entre 2030 et 2052¹⁰. Les impacts sur l'Homme et l'environnement seront ainsi irréversibles si des mesures de réductions des émissions des gaz à effets de serres à l'effet de stabiliser le taux du réchauffement climatique sous le seuil de 2°C, de résilience et d'adaptation ne sont planifiées et mises en œuvre à court, moyen et long terme¹¹. C'est également la conclusion tirée par les parties à l'accord de Paris¹² qui donne une large place à l'adaptation à l'évolution du climat et de l'environnement et qui engage les pays à faire des propositions d'actions pour s'adapter tout en respectant les besoins des écosystèmes et des populations.

⁸ Article 1.2 de la convention cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques.

⁹ Les différents rapports du GIEC renseignent suffisamment sur le niveau de connaissances scientifiques des changements climatiques. Dans son rapport intitulé «Réchauffement climatique de 1,5°C», résumé à l'intention des décideurs, le GIEC relève l'évolution du climat et les risques qui y sont y liés.

¹⁰ Rapport Spécial du GIEC Réchauffement à 1,5°C Résumé à destination des enseignants, p. 8.

¹¹ Le 5^{ème} rapport du GIEC propose des prévisions pour les échéances 2016-2035 et 2046-2065, qui viennent s'ajouter aux projections pour 2100. Le rapport intègre aussi des projections à très long terme (2300).

¹² L'Accord de Paris est un traité international juridiquement contraignant sur les changements climatiques. Il a été adopté par 196 Parties lors de la COP 21, la Conférence des Nations unies sur les changements climatiques à Paris, France, le 12 décembre 2015. Il est entré en vigueur le 4 novembre 2016. Les États-Unis qui s'était retirés de l'accord en 2020, l'ont réintégré en 2021.

En raison de sa vulnérabilité aux effets des changements climatiques, le Sahel¹³ a été particulièrement éprouvé par des séries de sécheresses¹⁴ mais aussi par des violents épisodes d'inondations¹⁵ le confrontant à des défis considérables qui nécessitent de repenser profondément les relations entre l'homme et son environnement.

Aujourd'hui, l'urgence d'agir¹⁶ pour sauver la planète en danger place les phénomènes climatiques au rang des priorités de toutes les actions de développement à l'échelle globale, régionale et locale.

Alors que les pouvoirs publics disposant de moyens considérables et souvent soutenus par des partenaires financiers extérieurs, peinent à trouver des solutions d'adaptation, les populations rurales avec des moyens rudimentaires (pioches, machettes, daba etc.) et d'une étonnante simplicité, ont réussi dans certaines localités, à restaurer les terres arides, le couvert végétal et la biodiversité. Ces populations, en observant les phénomènes tels que le vent, la sécheresse, et inondations etc. et les caractéristiques des sols¹⁷ ainsi qu'en tirant parti de leurs expériences quotidiennes, ont fait preuve d'une ingéniosité digne des scientifiques en développant des techniques innovantes pour exploiter des terres infertiles et inadaptées à toute forme de cultures. Ces savoir-faire¹⁸, motifs de grande fierté et de satisfaction pour le Burkina Faso,

¹³ Ces pays sont notamment le Burkina Faso, le Cameroun, la Gambie, la Guinée, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Nigéria, le Sénégal et le Tchad. A l'exception de la Gambie, du Sénégal, et dans une moindre mesure la Mauritanie, les autres pays sont en proie à des degrés divers à des attaques terroristes depuis quelques années.

¹⁴ Les plus graves ont été enregistrées en 1973, 1984, 1991, 1994, 1998 et 2004.

¹⁵ Selon les Nations Unies les inondations au Tchad ont fait depuis juillet 2024 plus de 340 morts et près 1,5 millions de sinistrés. Source: <https://news.un.org/fr/story/2024/09/114859>.

¹⁶ L'urgence et la nécessité sont ainsi rattachées. L'état d'urgence se définit à travers un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou à l'intérêt général.

¹⁷ Les types de sols identifiés au Burkina sont: les sols ferrugineux tropicaux; les sols peu évolués d'érosion ou d'apport; les sols bruns; les sols ferralitiques; les vertisols; les sols sodiques; les sols hydromorphes; les sols minéraux bruts ou lithosols.

¹⁸ Selon Savadogo, Somda, Seynou, Zabré et Nianogo, les savoir-faire traditionnels s'entendent comme «des pratiques individuelles ou collectives dont la mise en œuvre dans un contexte donné permet de meilleures performances techniques et économiques des secteurs de développement (agriculture, l'élevage, la forêt, l'énergie, etc.) et/ou social (organisations socioéconomique, communautés ou groupes de communautés,

ont révélé des perspectives prometteuses d'atteinte de l'autosuffisance alimentaire et de réduction de la dépendance à l'aide extérieure. La dégradation du contexte sécuritaire depuis 2015 au Burkina a cependant réduit presque à néant cette noble ambition.

En effet, le Burkina Faso, jadis un pays paisible où cohabitaient harmonieusement une soixantaine d'ethnies ainsi que de nombreuses communautés étrangères, a été à l'instar de ses voisins malien et nigérien, brutalement frappé par le fléau du terrorisme. Son milieu rural est devenu le théâtre d'affrontements entre l'armée régulière¹⁹ appuyée par les Volontaires pour la Défense de la Patrie (VDP) et les groupes terroristes que sont l'Etat Islamique au Grand Sahara (EIGS) et le Jama'at Nusrat al-Islam wal-Muslimin (JNIM)²⁰. En l'espace d'une décennie, le terrorisme a occasionné des milliers de morts, d'importants dégâts matériels, le déplacement massif de la population²¹ des zones rurales vers les centres urbains. Comment les savoir-faire traditionnels sont-ils affectés dans le contexte de lutte contre le terrorisme et dans quelle mesure ces menaces sécuritaires compromettent-elles la résilience de la population face aux défis climatiques?

Les changements climatiques et le terrorisme sont deux défis majeurs du Sahel (1). En milieu rural, les populations avaient développé des pratiques d'adaptation aux effets climatiques devenues difficiles à pratiquer en raison de l'évolution de la situation sécuritaire (2).

etc.) dans un contexte de risques climatiques». Sources: M. SAVADOGO, J. SOMDA, O. SEYNOU, S. ZABRE, A.J. NIANOGO (eds.), *Catalogue des bonnes pratiques d'adaptation aux risques climatiques au Burkina Faso*, Ouagadougou, Burkina Faso, 2011, p. 52.

¹⁹ Sont actuellement engagés dans les opérations militaires (militaires, gendarmerie, les sapeurs-pompiers, la police nationale, les agents des eaux et Forêts, la Garde de sécurité Pénitentiaire).

²⁰ Groupe de Soutien à l'Islam et aux Musulmans (GSIM) en français.

²¹ Selon le HCR, le nombre de déplacés internes en mars 2023 s'élève à plus de 2 millions (exactement 2,062,534) et plus de 39 000 réfugiés et demandeurs d'asile. Au regard de la persistance des attaques, ce chiffre a sans doute évolué en 2024. Disponible en ligne sur: <https://www.unhcr.org/fr/burkina-faso.html>.

1. *Changements climatiques et terrorisme: deux défis majeurs du Sahel*

Les deux défis majeurs du Sahel demeurent sans conteste la lutte contre les changements climatiques et le terrorisme qui sont des phénomènes complexes et multidimensionnels. Leurs effets s'entremêlent en milieu rural et nécessitent des réponses globales et coordonnées.

1.1. *La vulnérabilité accentuée aux changements climatiques*

Le Burkina Faso, à l'instar des autres nations sahéliennes, fait face à de défis écologiques majeurs se traduisant par une dégradation de l'environnement, des écosystèmes déjà fragiles. Il s'agit de la désertification/ sécheresse, les pollutions et nuisances d'origine diverses, la menace sur la biodiversité, les catastrophes naturelles ou technologiques, l'amélioration du cadre de vie rurale et urbaine ainsi que les aménagements paysagers²². Bien que chacun des défis soit préoccupant, la désertification et la sécheresse se distinguent par leur gravité particulière.

1.2. *La sécheresse/désertification, phénomènes climatiques majeurs*

Selon les experts, la vulnérabilité de cette région à la sécheresse peut être attribuée à certaines de ses caractéristiques physiques, socio-économiques et au contexte d'instabilité politique et institutionnel dans certains pays qui le prédisposent à être affecté de façon disproportionnée aux effets négatifs des variations du climat. Le Sahel est en effet, une zone au climat semi-aride de faible pluviométrie annuelle. Sa population en majorité rurale²³. Ses activités principales que sont l'agricul-

²² A. GARANE, V. ZAKANE, *Droit de l'environnement Burkinabé*, Ouagadougou, Burkina Faso, 2008, pp. 1-3.

²³ Selon l'INSD en 2022, la population burkinabè est estimée à 22 100 874 habitants dont 16 004 127 habitants vivent en milieu rural soit 72,4% de la population totale. Source: Tableau de bord démographique, décembre 2022, p. 12).

L'économie du pays est dominée par l'agriculture, l'élevage et la foresterie, qui occupent plus de 85% de la population, assurent près de 70% des recettes d'exportations et contribuent pour 40% au PIB. Source: GWP/AO, Inventaire des stratégies d'adaptation aux changements climatiques des populations locales et échanges d'expériences de bonnes pratiques entre les différentes régions au Burkina Faso, septembre 2010, p. 17.

ture et l'élevage relèvent respectivement dans leur pratique de type pluvial et du système de production extensif. Les ressources forestières (bois et charbon de bois, produits forestiers non-ligneux), les ressources fauniques et halieutiques sont indispensables également pour la satisfaction des besoins énergétiques et alimentaires, la médecine traditionnelle et la constitution des revenus. Les différentes formes de pratiques des activités les rendent tributaires des aléas climatiques. Or, depuis les années 1970, de fréquentes sécheresses²⁴ qui se sont multipliées dans la bande sahélienne ont eu des conséquences désastreuses. La persistance de la sécheresse au fil des années a accéléré la désertification et précipité la disparition de certaines espèces de faunes et de flores etc. Sur l'agriculture et l'élevage, les effets sont particulièrement dévastateurs. Les faibles pluviométries entraînent des déficits céréaliers, des famines, ainsi qu'une pénurie de fourrage pour le bétail. Elles aggravent les conditions d'approvisionnement en eau et d'abreuvement des animaux. La détérioration des conditions de vie pousse les populations des zones arides à l'exode vers les zones aux conditions climatiques plus clémentes. Les régions du Nord et du Sahel Burkina étant les plus sévèrement affectées par la sécheresse, il est donc logique d'observer un exode massif de leurs habitants vers d'autres zones. Outre les sécheresses, les inondations sont des phénomènes climatiques qui révèlent la vulnérabilité du Sahel. Celle de septembre 2009 au Burkina Faso en constitue une illustration. En effet, des pluies diluviennes se sont abattues presque partout sur l'ensemble du pays. La région du Centre qui comprend la capitale Ouagadougou, a enregistré le 1^{er} septembre, près de 300 mm de pluie en moins de 12 heures soit l'équivalent de la pluviométrie annuelle dans certaines localités du pays telles que Gorom-Gorom. Une telle quantité d'eau n'avait pas été recueillie depuis 1919. Les intempéries ont touché 11 régions sur le 13 que compte le pays. Le bilan dressé de ses inondations fait état de 46 morts et plus de 150 mille sinistrés. Plus de 42 milles habitation ont été détruites, 22 structures de santé touchées et 351 écoles endommagées. En outre, 22 200 ha superficies de terres agricoles ainsi que 2004 ha de superficies aménagées autour des barrages ont été inondées. Une quinzaine d'infrastructures

²⁴ Les plus graves ont été enregistrées en 1973, 1984, 1991, 1994, 1998 et 2004.

hydro agricoles, notamment des barrages et canaux d'irrigation ont été détruites. On déplore la perte de la biodiversité et la destruction de matériel au parc Bangre-weogo ainsi que la disparition de deux tonnes de stocks de semences forestières sélectionnées, etc. Les besoins en construction et reconstruction sont évalués à 119 milliards et 670 millions FCFA soit près de 266 millions \$US²⁵. Il ne s'agit uniquement de l'impact d'une seule inondation dont l'évaluation n'a pas pu tenir compte des nombreuses localités restées inaccessibles en raison du manque d'infrastructures routières et de moyens de communication. Chaque saison de pluies, des inondations occasionne des dégâts considérables²⁶.

2. Le cadre juridique de lutte de faible effectivité

Si des phénomènes ont toujours existé²⁷, aucun n'a cependant autant cristalliser l'attention de tant de disciplines²⁸ et d'acteurs issus de divers milieux²⁹ comme les changements climatiques³⁰. Le GIEC³¹ en relevant

²⁵ Rapport évaluation des impacts, des pertes et des besoins en reconstruction suite aux inondations du 1er septembre 2009 au Burkina Faso. Rapport disponible en ligne sur: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/279691468228286575/pdf/568030v10FRENCE1ept0090Rapport0Final.pdf>.

²⁶ Les inondations ont provoqué au Tchad depuis le début du mois de juillet, au moins 504 morts et affecté plus 1,7 millions de personnes. Depuis le mois de juin, les inondations ont occasionné également la mort d'au moins 322 personnes au Niger. La rentrée scolaire initialement prévue le 1^{er} octobre a été repoussée de près d'un mois au Niger suite aux inondations.

²⁷ Par exemple les pandémies, la faim les inégalités sociales.

²⁸ Economie, physique chimie, droit, sociologie, histoire, géographie, médecine, etc.

²⁹ Académique, politique, médiatique, associatif, acteurs ruraux etc.

³⁰ La Convention cadre des Nations Unies de 1992 en son article 1.2 définit les changements climatiques comme «des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables».

dans son sixième rapport d'évaluation que le climat change de façon significative en raison des activités humaines, en particulier les émissions de gaz à effet de serre, souligne que les pays Africains qui contribuent le moins aux émissions mondiales de gaz à effet de serre, subissent paradoxalement les effets violents des changements climatiques. Depuis la conférence de Stockholm de 1972 qui a jeté, pour ce qu'il convient d'appeler, les bases du droit international de l'environnement par l'adoption de la déclaration dite de Stockholm, la frénésie législative s'est emparée de ce secteur si bien qu'à ce jour, il existe un nombre impressionnant d'instruments juridiques à tous les niveaux (international, régional et internes) et embrassant les divers actes de l'ordonnement juridique (traités, déclarations, directives, lois, règlements etc). La réponse juridique au phénomène climatique est loin d'avoir été fébrile, bien au contraire. Certains auteurs, évoquant le nombre d'instruments existant emploient les termes «déferlement de traité internationaux», «profusion normative», «frénésies législatives»³², «buissonnement normatif»³³. On estime que le nombre de traités multilatéraux concernant l'environnement soit entièrement, soit par l'une ou plusieurs de leurs dispositions, dépassent cinq cents (500), auxquels s'ajoutent plus de neuf cents (900) traités bilatéraux. Ainsi, comme le relève Sandrine Maljean-Dubois, la voie conventionnelle a permis de formaliser secteur après secteur, domaine après domaine, des régimes internationaux, institutionnalisés, organisés et soutenus par des engagements financiers³⁴. Aujourd'hui, l'enjeu majeur du droit de l'environnement n'est plus l'adoption de nouvelles règles mais plutôt à l'application de celles qui existent c'est-à-dire leur concrétisation dans les faits³⁵.

³¹ MASSON-DELMOTTE et al. (eds.), *Changement climatique 2021: Les éléments scientifiques. Contribution du groupe de travail I au sixième rapport d'évaluation du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat*, Suisse, 2021, p. 6.

³² S. MALJEAN-DUBOIS, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, Paris, 2003, p. 10.

³³ R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, 3^e éd, Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 16.

³⁴ S. MALJEAN-DUBOIS, *op. cit.*, p. 10.

³⁵ A. MEKOUAR, M. PRIEUR, C. BASTIN, *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement*, Bern, 2021, p. 37.

Les éléments de l'environnement ignorent les frontières étatiques, lignes de démarcation des différentes souverainetés, car

l'air, l'eau, les espèces de la faune et de la flore circulent au-delà des frontières et ces ressources, lorsqu'elles sont affectées par des pollutions, peuvent engendrer des effets dommageables à des centaines, voire des milliers de kilomètres (pollutions transfrontières à longue distance)³⁶.

En ratifiant la plupart des instruments juridiques sur l'environnement, le Burkina et les autres pays du Sahel, souscrivent à la vision de gestion coordonnée des défis environnementaux. On peut citer notamment la Convention de Vienne pour la Protection de la Couche d'Ozone et le protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ratifiée par le Burkina par *zatu*³⁷ n°86-16 du 5 mars 1986 et par *zatu* an VI 21 du 13 janvier 1989; la Convention Cadre sur les Changements Climatiques ratifiée par décret 93-287 RU du 20 septembre 1993, la Convention sur la Diversité Biologique ratifiée par décret 93-292 RU du 20 septembre 1993; la Convention Internationale sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification ratifiée par décret 95-569 du RU 29 décembre 1995³⁸. La profusion normative s'est également illustrée au niveau interne par l'adoption d'un code de l'environnement³⁹. De nombreux textes sectoriels complètent l'arsenal juridique de protection et de promotion de l'environnement. Plusieurs plans et programmes dont le Plan National d'Adaptation aux changements climatiques (PNA)⁴⁰ ont

³⁶ A. GARANE, V. ZAKANE, *op. cit.*, p. 565.

³⁷ Les termes de *loi*, *décret*, *arrêté* avaient été remplacés par ceux de: *zatu*, *kiti*, *raabo* par une décision du pouvoir révolutionnaire du Président Thomas Sankara (1983-1987). L'objectif était d'adapter les notions au contexte local.

³⁸ MINISTERE DE L'ENVIRONNEMENT ET DU CADRE DE VIE (BURKINA FASO), *Politique nationale en matière d'environnement, version finale*, 2005, p. 7 (disponible en ligne sur: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/bkf198271.pdf>).

³⁹ Le premier code de l'environnement a été adopté en 1997 par la loi n°005/97/ADP du 30 janvier 1997 portant Code de l'environnement au Burkina Faso. Ce texte a été abrogé par la loi n°006-2013/AN du 02 avril 2013 portant code de l'environnement au Burkina Faso.

⁴⁰ Adopté en juin 2015, le PNA remplace le PANA adopté en 2007.

par ailleurs été adoptés. Ce plan qui constitue le référentiel national en matière de réduction de la vulnérabilité du pays face au dérèglement climatique, a identifié les secteurs de la santé, de l'énergie, de l'environnement et les ressources naturelles, de l'agriculture, des ressources en eau, de l'élevage, de l'habitat et des infrastructures comme les plus vulnérables et par conséquent, prioritaires pour les actions d'adaptation.

Ces textes qui témoignent de manière évidente l'éveil des consciences quant aux effets des changements climatiques, restent encore insuffisamment mis en œuvre. Le droit positif qu'il soit étatique ou international pâtit d'une faible effectivité. L'inadaptation aux contextes locaux, la priorité accordée aux impératifs de développement économique au détriment de la protection de l'environnement, l'insuffisance de ressources humaines qualifiées, sont généralement évoqués comme les causes de cette faible effectivité. La méconnaissance par la population des textes juridiques et des enjeux environnementaux, la corruption et le clientélisme qui engendrent un laxisme dans l'application des règles, en particulier les sanctions, peuvent être relevés également comme facteurs. Ce droit positif qui peine à se concrétiser dans les faits coexiste en milieu rural avec les diverses formes légitimes de gestion des ressources naturelles des populations rurales. Ces règles endogènes, élaborées par les populations en fonction de leurs besoins, croyances, valeurs et objectifs communs, sont largement acceptées et suivies. La coexistence inopérante des divers systèmes juridiques est préjudiciable à tous les secteurs de l'environnement et particulièrement au foncier dont la gestion confuse le plonge dans une situation de crise aggravée.

2.1. La progression rapide du terrorisme au sahel

A l'exception du Sénégal, de la Gambie et dans une moindre mesure la Mauritanie, les autres pays du Sahel notamment le Burkina Faso, le Mali, le Nigeria, le Niger et le Tchad sont aux prises avec le terrorisme. Chacun de ces pays a connu des débuts marqués par des événements spécifiques⁴¹.

⁴¹ (1) La Mauritanie a été la cible d'attaque terroriste pour la première fois dans les années 2000 par Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI). Ce pays semble, contrairement aux autres pays, avoir contenu le phénomène. (2) Quant au Nigeria, c'est avec la

2.2. L'origine et l'expansion du phénomène au Burkina

Le Burkina, est plongé depuis une décennie dans une spirale de violences impliquant deux coalitions de groupes terroristes que sont le JNIM ou Groupe de Soutien à l'Islam et aux Musulmans (GSIM en français) et l'EIGS⁴² avec leurs différents groupes affiliés⁴³. Depuis les premières incursions terroristes survenues en 2015 à Oursi⁴⁴ et Samorogouan⁴⁵, le Burkina avait conscience d'être au cœur de la tourmente. Cependant, le contexte de crise sociopolitique et militaire⁴⁶ de l'époque n'avait pas permis une anticipation adéquate pour prévenir, ce qui allait, par la suite se transformer en une menace existentielle pour le pays. Elaborant leurs stratégies sans réelles entraves, les terroristes marquaient la date du 15 janvier 2016 d'un sceau indélébile dans l'histoire du Burkina. Cette date correspond à ce que de nombreux observateurs

création en 2002 de Boko Haram, un groupe islamiste radical que le terrorisme a émergé. Toutefois, c'est à partir de 2009 que le groupe a intensifié ses attaques violentes qui ont plongé le nord-est du pays dans une spirale de violence. (3) Au Niger, c'est au début des années 2010 avec l'extension des activités de Boko Haram dans la région du lac Tchad que le pays a commencé à subir ses premières attaques. (4) Au Mali, le terrorisme a véritablement commencé en 2012 avec les attaques de la rébellion touarègue, des groupes djihadistes Ansar Dine et Al-Qaïda au Maghreb islamique (AQMI). (5) Le Tchad a commencé à faire face à des attaques de Boko Haram à partir de 2015. (6) Au Cameroun, les premières attaques significatives sur son territoire et qui sont l'œuvre de Boko Haram ont eu lieu à partir de 2013 avec une intensification à partir de 2014.

⁴² L'État islamique dans le Grand Sahara est le plus violent des groupes djihadistes au Sahel.

⁴³ La coalition du JNIM (GSIM) se composait initialement de quatre groupes islamistes militants affiliés à Al-Qaïda: Ansar Dine (fondé par Iyad Ag Ghali, est considéré comme le chef ou l'émir du JNIM), le Front de Libération du Massina (FLM avec à sa tête Amadou Koufa), Al-Mourabitoune et à Al-Qaïda au Maghreb islamique au Sahara (AQMI-Sahara). Ansarul Islam créé par Malaam Ibrahim Dicko, originaire du Burkina a prêté allégeance à cette coalition.

⁴⁴ La brigade territoriale de gendarmerie de *Oursi* a été attaquée dans la nuit du 23 août 2015.

⁴⁵ La Brigade Territoriale de Samorogouan a été attaquée le 09 octobre 2015.

⁴⁶ Le 28 octobre 2014, une insurrection populaire a entraîné la chute du régime du Président Blaise COMPAORE qui tentait de modifier la constitution pour briguer un troisième mandat. Sa garde qui était la mieux formée et plus équipées de toutes les forces de défense et de sécurité a été démantelée.

considèrent comme celle du début effectif des hostilités. Le pays était ce jour la cible de trois incidents terroristes⁴⁷ dont l'attaque la plus médiatisée a été perpétrée en pleine ville de Ouagadougou. Cette attaque qui a visé le café-restaurant «Capuccino», l'hôtel Splendide et le restaurant «Taxi brousse», a occasionné une trentaine de morts, plus de soixante-dix blessés et de dégâts matériels considérables. Le commando terroriste, composé vraisemblablement de trois hommes armés de fusil d'assaut de type kalachnikov, a été neutralisé le 16 janvier à l'aube. Le 17 janvier 2016, l'attaque porte une signature, celle de Al-Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI), qui a publié un communiqué par lequel il la revendiquait⁴⁸.

L'unité d'élite de l'armée Burkinabè, le Régiment de Sécurité Présidentielle (RSP)⁴⁹, qui avait tenté du 15 au 23 septembre 2015 de renverser les autorités de transition en place⁵⁰, avait été dissoute dans la foulée de l'échec de sa tentative de coup d'État. Bien que des négociations ait permis d'éviter de justesse les affrontements entre forces loyalistes et putschistes, elles n'ont toutefois pas permis de restaurer la confiance au sein de l'armée. C'est dans ce climat mêlant lutte contre le terrorisme et méfiances réciproques entre militaires, qu'un coup d'état renversa le 23 janvier 2022 le Président démocratiquement élu, suivi d'un second huit mois plus tard, le 30 septembre 2022 suite à des dissensions internes entre putschistes. De ses divisions qui ne sont pas les seuls facteurs, le terrorisme y a trouvé un terreau fertile.

⁴⁷ Une patrouille de la Gendarmerie a pris à partie par des HANI (hommes armés non identifiés) dans la localité de Tambao, province de l'Oudalan à la frontière du Mali. C'est le même jour que le médecin australien Dr Elliot et son épouse Jocelyn ont été enlevés à Djibo. C'est également le même jour la première attaque de grande envergure a été perpétrée à Ouagadougou.

⁴⁸ L'attaque a été attribuée à la katiba Al-Mourabitoun de AQMI.

⁴⁹ Il s'agit du Régiment de Sécurité Présidentielle (RSP). Elle était aux dires de nombreux observateurs, la mieux équipée et mieux entraînée. D'aucuns disent que n'y été son démantèlement, le Burkina Faso, ne serait pas dans une telle situation de vulnérabilité aux phénomènes.

⁵⁰ La transition ouverte après le Président déchu pour une durée d'une année a connu de nombreuses perturbations dont une tentative de coup d'Etat du 16 au 23 septembre 2015 qui a échoué.

2.3. *La réponse privilégiant l'approche militaire*

L'ampleur des menaces sécuritaires auxquelles le Sahel fait face a poussé les Etats, à développer graduellement des initiatives de lutte contre le phénomène. Le Burkina s'est doté d'un cadre juridique en adoptant de nouveaux textes⁵¹ qui comportent des innovations majeures dans le traitement des affaires liées au terrorisme de la phase d'enquêtes, des poursuites et au jugement. Il a par ailleurs adhéré à la plupart des instruments juridiques internationaux de lutte contre le phénomène. L'Alliance des États du Sahel (AES)⁵², est une organisation ayant pour but la mutualisation des efforts dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Le traitement judiciaire a également été adapté par la création d'un pôle judiciaire spécialisé dans la répression des actes de terrorisme. Ce pôle judiciaire a déjà tenue sa deuxième⁵³ session du 22 juillet au 7 août 2024 au cours de laquelle il a retenu 16 dossiers impliquant 31 personnes. Sur les 31 prévenus jugés, 23 ont été condamnés à des peines d'emprisonnement allant de cinq ans fermes à la réclusion criminelle à perpétuité; un prévenu mineur au moment des faits a été placé dans un établissement spécialisé tandis que, 06 personnes relaxées. C'est lors de cette audience que les terroristes responsables de l'attaque de la Brigade de Gendarmerie de Samorogouan ont été jugés. Les 09 prévenus renvoyés devant la chambre de jugements ont écopé chacun de la peine d'emprisonnement à vie; à l'exception d'un seul qui a été condamné à

⁵¹ La loi n°016-2016/AN relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au Burkina Faso du 03 mai 2016, la loi n°025-2018/AN portant code pénal du 31 mai 2018 Loi n°040-2019/AN portant code de procédure pénale du 29 mai 2019.

⁵² L'AES a été créée le 16 septembre 2023 par le Mali, le Niger et le Burkina Faso. Ces pays étaient membres du G5 sahel qui regroupait cinq Etats du sahel (le Burkina Faso, le Mali, le Niger, le Tchad et la Mauritanie). Suite à leur retrait successif, les deux autres Etats que sont le Tchad et la Mauritanie ont publié un communiqué le 6 décembre 2023 annonçant la dissolution de l'organisation.

⁵³ La 1^{ère} du 18 juin au 1^{er} juillet 2024, la 2^{ème} du 22 juillet au 7 août 2024, la 3^{ème} du 19 au 28 août 2024.

une peine de 05 ans d'emprisonnement et à une amende de deux millions Fcfa assortie de sursis⁵⁴.

Le Programme d'urgence pour le Sahel au Burkina Faso (PUS-BF) adopté en juillet 2017 traduit la prise en compte de l'aspect développement économique et social des zones particulièrement touchées par le phénomène. La coopération régionale s'est également renforcée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Tout comme les changements climatiques, le terrorisme est un phénomène complexe qui exige une approche multidimensionnelle pour pouvoir l'enrainer. Par conséquent, la solution doit prendre en compte les aspects socio-économiques, juridiques et judiciaires, militaires, médiatiques et s'inscrire dans le cadre d'une coopération internationale. Elle doit aussi tenir compte de la nécessité de protéger l'environnement dont la dégradation exacerbe la pauvreté et les conflits.

Le Burkina ne contrôle que 69% du territoire, le reste (31%) échappe à son contrôle⁵⁵. Une analyse approfondie du phénomène révèle que la situation n'a guère enregistré d'amélioration notable au regard de la multiplication des attaques et de l'expansion des zones d'influences des groupes terroristes. Il convient également de souligner que depuis l'apparition du phénomène, les Etats semblent privilégier l'approche militaire dans la lutte, comme en témoin l'allocation budgétaire conséquente en faveur de l'armée Burkinabè au détriment d'autres secteurs. Le Budget exercice 2024 se chiffre à 3 019 milliards de francs CFA de recettes et à 3.694 milliards de francs CFA de dépenses. L'armée seule reçoit 960 milliards FCFA, soit près de 29,49% du budget⁵⁶. Les autres secteurs que sont l'éducation avec 739,6 milliards de francs CFA (26,26% du budget), la santé avec 330,6 milliards de francs

⁵⁴ Communiqué n°2024-0522CA-O/TGI-O II/PJS-TERRO/PF du Procureur du pôle judiciaire spécialisé dans la répression des actes de terrorisme du 7 août 2024.

⁵⁵ C'est ce qui résulte des déclarations du ministre de la Défense du Burkina du 7 août 2024 lors de l'évaluation de son contrat d'objectif. Disponible en ligne sur <https://www.facebook.com/watch/?v=819053633544570>.

⁵⁶ Source: <https://www.leconomistedufaso.com/2024/01/02/reconquete-du-territoire-national-pres-de-30-du-budget-a-la-defense-securite/>.

CFA (11,9%) et le développement rural⁵⁷ avec 137,7 milliards⁵⁸ de francs CFA soit 5% du budget, complètent la liste des secteurs les mieux favorisés. Le budget alloué au secteur de la justice et les droits humains n'a jamais excédé 1,1% du budget général⁵⁹.

L'armée en première ligne de la défense pour la protection de la population a nécessairement besoin de se renforcer en vue de la reconquête des zones abandonnées ou sous l'emprise des groupes armés. Ce renforcement implique le recrutement, la formation ainsi que des équipements adaptés. Cette hausse du budget de la défense a permis d'accroître l'effectif des différentes composantes des forces de défense et de sécurité telles que la police, la gendarmerie, les militaires, les agents des eaux et forêts, la garde de sécurité pénitentiaire; toutes mobilisées dans les opérations de reconquête du territoire. Ces forces régulières sont appuyées par des volontaires pour la défense de la patrie (VDP)⁶⁰, des civils participant aux opérations de sécurisation. Toutes fois, pour n'avoir pas reçu une formation adéquate, ces civils sont souvent accusés d'exactions lors de leurs interventions, ainsi que des règlements de compte avec d'autres individus etc.

Si l'option militaire comporte indéniablement des avantages en ce qu'elle empêche certains groupes de poursuivre leurs activités criminelles, elle comporte également des limites non négligeables. Il est établi que divers facteurs facilitent l'enrôlement au sein des groupes armés. Le terrorisme prospère sous la mal gouvernance marquée par la corruption, le détournement de fonds, le favoritisme ainsi que sur les effets des changements climatiques etc. Certaines régions en particulier celle du Sahel et de l'Est sont perçues comme délaissées par l'Etat en raison de l'absence d'administration, des infrastructures socioécono-

⁵⁷ Le développement rural comprend les ministères de l'Agriculture, des ressources animales et halieutiques et celui de l'Environnement et de l'assainissement.

⁵⁸ Source: <https://www.commodafrica.com/burkina-faso-le-budget-pour-le-developpement-rural-en-hausse-de-5-en-2024/>.

⁵⁹ Ministère de la Justice, Rapport statistique 2022 (disponible en ligne sur: https://www.fonction-publique.gov.bf/fileadmin/user_upload/storage/18_aout_2023_A1_ANNUAIRE_STATISTIQUE_2022.pdf).

⁶⁰ Ce sont des civils qui se sont engagés au côté des forces de défenses dans les opérations de sécurisation du territoire.

miques de base telles que les écoles, la santé, les routes etc. Cette absence étatique a permis aux groupes terroristes de s'implanter, favorisant l'endoctrinement et l'enrôlement d'une population peu instruite et vivant dans la précarité. Par ailleurs, l'explosion démographique a accru les besoins en terres agricoles et réduit les espaces pastoraux. La plupart des zones pastorales du pays ont été envahies par des agriculteurs entraînant de nombreux affrontements avec les éleveurs. Ce qui pouvait n'être qu'un simple conflit entre deux individus peut rapidement dégénérer en conflit communautaire mobilisant des membres selon leur catégorie socio professionnelle, leur clan, leur l'ethnie ou de la localité. Ces tensions communautaires constituent un terrain propice au recrutement des groupes terroristes à l'image de la pauvreté engendrée par la perte de bétail et le déficit céréalier. Enfin, les exactions des forces de défense et de sécurité ainsi que l'absence de perspective d'emploi, précipitent l'enrôlement au sein des groupes armés.

Le tout militaire ne peut donc qu'apporter des solutions à court terme, mais ne peut suffire à résoudre les problèmes structurels à l'origine de cette crise. La réponse au défis sécuritaire doit être globale et intégrée alliant des actions militaires, politiques, sociales et économiques et surtout, inscrire la protection de l'environnement comme une priorité. Les populations rurales étaient sur le point de réussir cet exploit jusqu'à ce que l'éruption soudaine du terrorisme ne viennent interrompre brutalement des décennies de pratiques.

3. Bonnes pratiques d'adaptation: les savoir-faire traditionnels

Les modes endogènes de protection de l'environnement ne sont pas nouveaux pour les sociétés rurales qui ont toujours vécu en harmonie avec la nature. Dans la cosmogonie de la plupart des groupes sociaux du Burkina, la terre, support de toutes les activités est sacrée et tous les éléments de la nature sont interconnectés. Cette interconnexion s'exprime à la fois entre vivants d'une part et entre vivants et non vivants d'autre part. Elle va même au-delà en établissant un lien entre le visible et l'invisible (les ancêtres et les esprits). La sacralité qui s'attache à la terre conduit à lui vouer un culte. Dans les sociétés traditionnelles, la

terre n'est donc pas un bien marchand, mais plutôt un patrimoine commun insusceptible d'appropriation privative au sens du code civil. Son exploitation pour des activités agricoles ou pour toutes autres activités humaines donnaient lieu au préalable à des rites⁶¹ de connexion ou de communication avec le monde des invisibles, les ancêtres à qui étaient sollicitée l'autorisation. Les fêtes coutumières donnant lieu à des sacrifices à l'orée de chaque saison hivernale pour implorer une bonne saison⁶² et pendant la récolte en guise de remerciement⁶³ s'inscrivent dans le cadre de vénération des forces invisibles. L'importance accordées aux fétiches, moyens de communication privilégiés avec ces forces, est telle que le site qui les abrite est préservé et son accès règlementé selon la coutume⁶⁴. Sont de ces lieux, les bois sacrés qui sont des îlots de végétations, conservés et gérés par les autorités coutumières⁶⁵, les eaux sacrées de certains fleuves, les marres les collines ou montagnes sacrées. Aux sites sacrés, s'ajoutent les animaux ou aliments totémiques, interdits de chasses ou de consommation par certains groupes qui les considèrent comme protecteurs, guides spirituels ou une source de pouvoir. Les silures sacrés de Bobo Dioulasso, les caïmans sacrés de Bazoulé ou de Sabou⁶⁶ peuvent être citer en exemple. Si ces coutumes peuvent être perçues comme protectrices l'environnement, elles ne participent pas directement à la lutte contre les changements climatiques.

⁶¹ Ces rites sont des sacrifices d'animaux (poulets, pintades, bœufs, chèvres, mouton). Le sacrifice est fait directement sur le sol ou sur l'hôtel représentant les fétiches. Ils sont faits pour implorer les ancêtres d'avoir un regard favorable à l'activité entreprise, d'assurer la protection de l'exploitant et de toute personne répondant de son chef (épouse, enfants etc.). Les sacrifices de reconnaissance sont faits en fin de récoltes.

⁶² Les sorties de masques *bobo* dans l'Ouest du Burkina à l'approche de la saison hivernale. Dans d'autres localités, les sacrifices généralement de poulets ne donnent pas lieu à une réjouissance particulière.

⁶³ La fête des récoltes est appelée *nabasga* chez le Mossi.

⁶⁴ Par exemple dans le pavillon de la mort au musée de la Bendrologie à Manéga de l'avocat Maître Frédéric Pacéré TITINGA, chef coutumier de Manéga, on y entre déchaussé et à reculons (<http://www.musee-manega.bf>).

⁶⁵ S. SAVADOGO et al., *Caractéristiques végétales, typologie et fonctions des bois sacrés au Burkina Faso*, in *Int. J. Biol. Chem. Sci.*, 11, 4, 2017, p. 1497.

⁶⁶ On peut citer les mares aux caïmans sacrés à Bazoulé et de Sabou, respectivement à 30 et 90 km environ de ouagadougou.

En revanche, il ya des savoir-faire traditionnels irrationnels⁶⁷ en rapport avec le climat. Certaines catégories de personnes, généralement les personnes âgées, sont des «météorologues» traditionnels. A partir des phénomènes de la nature⁶⁸ qu'elles observent pendant une période donnée de l'année ou même de la journée, prédisent le déroulement futur d'un évènement. Il peut s'agir d'une bonne ou mauvaise saison agricole, d'une catastrophe à venir (sécheresses, inondations, invasion des récoltes par des chenilles ou criquets), d'épidémies, de conflits à venir. D'autre personnes appelées *satatba*⁶⁹ ou commandeurs de pluie⁷⁰ sont dotées de pouvoir de faire tomber la pluie ou l'ajourner lorsqu'elle est susceptible de provoquer des inondations ou des perturbations d'évènements importants tels que les fêtes coutumières, les funérailles etc.

Ces pratiques surnaturelles qui ne peuvent s'expliquer scientifiquement, pas plus qu'elles ne peuvent être vulgarisées, sont transmises de génération en génération ou au sein de cercles restreints d'initiés. Elles doivent donc être abordées avec la plus grande prudence. Nous les mentionnons toutefois afin de rappeler que les communautés rurales recourent souvent à ces modes mystiques comme stratégies d'adaptation aux effets des changements climatiques.

3.1. La diversité des savoir-faire traditionnels d'adaptation

Les bonnes pratiques dénuées de tout mysticisme foisonnent et suscitent l'adhésion de l'ensemble des acteurs concernés par les enjeux climatiques et environnementaux. Ces connaissances évoluent en permanence. Tandis que de nouvelles approches émergent, certaines sont abandonnées

⁶⁷ La région de l'Est du Burkina abrite les gourmantchés, un peuple réputé pour la pratique de la géomancie.

⁶⁸ Apparition des insectes, les cris de certaines espèces d'oiseaux etc.

⁶⁹ *Satata* au singulier et *Satatba* au pluriel sont des termes en *mooré* qui est la langue des mossi,ethnie majoritaire du Burkina. L'expression signifie littéralement: celui/ceux qui fait/font venir la pluie.

⁷⁰ B.E. DIALLA, *Pratiques et savoirs paysans au Burkina Faso: Une présentation de quelques études de cas, série documents de travail DT-CAPES N°2005-20*, Ouagadougou, Burkina Faso, 2005, p. 20.

ou transformées. Il n'est donc plus d'un grand intérêt de s'attarder sur des pratiques anciennes bien connues et largement diffusées. En revanche, les techniques émergentes requerront une attention particulière afin de permettre une compréhension approfondie de celles-ci.

3.2. Les pratiques anciennes d'adaptations aux changements climatiques

Ce sont des pratiques plus au moins connues et pratiquées partout au Burkina et ailleurs. Elles sont essentiellement:

- l'usage de la fumure organique: Cette une technique qui améliore la fertilité des sols par l'épandage d'excréments d'animaux (généralement des déjections de ruminants) sur le champ;
- la jachère: elle est l'arrêt d'exploitation du sol pendant un certain temps afin de favoriser sa régénération. La raréfaction de la terre limite de plus en plus sa pratique;
- l'agroforesterie consistant à un maintien des arbres dans le champ d'exploitation;
- les bandes enherbées qui sont des bandes d'herbes laissées à travers le champ selon les courbes de niveau. Elles constituent une barrière antiérosive et participent également à l'augmentation de la disponibilité fourragère et de paille à usage domestique;
- l'association de culture qui consiste à exploiter sur la même parcelle au même moment des variétés à cycle long et des variétés à cycle court. L'association de plusieurs variétés d'une même spéculation réduit les risques liés aux aléas de la pluviométrie et assurent aux agriculteurs une certaine sécurité;
- la rotation de cultures qui consiste à exploiter successivement différentes spéculations par exemple le sorgho, le maïs, le mil, les arachides, et le haricot sur la même parcelle au fil des années;
- le paillage ou épandage d'herbe dans le champ qui consiste à recouvrir le sol d'une couche d'herbes ou de branchages ou encore de tiges des récoltes de façon à assurer la couverture du sol contre l'érosion éolienne et à stimuler l'activité des termites;

- les semences améliorées: c'est l'utilisation des variétés qui permettent d'obtenir des rendements plus élevés et d'assurer une certaine résilience aux aléas climatiques;
- les cordons pierreux qui consistent en un alignement des moellons (grosses pierres) autour ou à travers les champs suivant les courbes de niveau. Ils contribuent à l'adaptation à la variabilité de la pluviométrie en réduisant l'érosion hydrique et en augmentant l'infiltration de l'eau⁷¹;
- la haie vive qui consiste à planter des arbustes autour du champ afin de maintenir sur place les résidus des récoltes. Elle contribue à réduire les effets des vents et lutte ainsi contre l'érosion éolienne et hydrique;
- la transhumance qui est une forme d'adaptation aux effets des changements climatiques qui permet aux éleveurs de faire face aux variations spatiales et temporelles des températures et des ressources tout en permettant la restauration des parcours à certaines époques de l'année⁷².

3.3. Les pratiques nouvelles d'adaptation aux changements climatiques

Elles sont ainsi qualifiées car elles ont été développées suite aux multiples sécheresses qu'a connues le Sahel et à la faveur de la prise de conscience généralisée des effets des changements climatiques. Elles sont donc en phase d'expérimentation dans les différentes localités du pays. Elles concernent tous les secteurs d'activité en milieu rural que sont l'agriculture, l'élevage, la foresterie et la gestion de l'eau. Il s'agit de:

- le *Zai*: c'est une technique traditionnelle réhabilitée au Yatenga au nord du Burkina Faso entre 1982 et 1984⁷³. Le terme *zai*, est un mot

⁷¹ M. SAVADOGO et al., *op. cit.*, p. 13.

⁷² B. DIOUF, H.M. LO, B. DIEYE, O. SANE, O.F. SARR (eds.), *Pour une agriculture intelligente face aux changements climatiques au Sénégal: recueil de bonnes pratiques d'adaptation et d'atténuation*, document de travail no. 85, 2014 (disponible en ligne sur: www.ccafs.cgiar.org).

⁷³ GWP/AO, *Changement climatique: Inventaire des stratégies d'adaptation aux changements climatiques des populations locales et échanges d'expérience de bonnes pratiques entre les différentes régions au Burkina Faso*, 2010, p. 45.

en langue locale *mooré*, la langue des Mossi qui décrit à la fois l'acte de creuser en quinconce et la rapidité qui le caractérise. Elle consiste à creuser des cuvettes de 20 à 40 cm de diamètre et de 15 à 20 cm de profondeur dans lesquelles on met de la fumure organique pour y déposer plus tard les graines de semence. Elle est réalisée en trois phases:

- la réalisation des trous: En saison sèche, des trous ou cuvettes sont creusés à l'aide de pioches, sur la terre aride, généralement une clairière. Le sable ainsi extrait est disposé au bord du trou en forme de demi-cercle en suivant la courbe de niveau, de manière à former une barrière qui retiendra le sable et d'autres matières organiques drainées par le vent.
- le dépôt de la fumure organique: Dès les premières pluies, la fumure organique, est déposée dans les cuvettes par les paysans. Attirées par la fumure organique, les termites creusent des galeries dans les cuvettes qui deviennent comme des entonnoirs qui permet alors la concentration dans les cuvettes de l'eau de ruissellement et des substances nutritives créées par les termites.
- le temps des semis: La dernière étape consiste à enfouir les semences dans les cuvettes à la période des semis. L'humidité et la fumure organique conservées dans la cuvette permet aux plants de résister à la sécheresse. L'année suivante, les paysans creusent de nouvelles cuvettes entre les premières et ajoutent de la fumure organique. Au bout de cinq ans, la terre auparavant dégradée et abandonnée, est totalement réhabilitée et donne de bonnes récoltes⁷⁴.
- les demi-lunes: Elles sont une variante du *Zai*. Ce sont des trous creusés en forme de demi-lune suivant la pente du terrain ou les courbes de niveau. La terre excavée est mise en dépôt du côté aval comme une banquette⁷⁵. Leur mise en œuvre permet la reprise d'activités agro-sylvo-pastorale sur des terres jugées impropres à la production. Elle participe également à la réhabilitation des terres dégradées, la stabilisation des sols et la réduction de l'érosion hydrique;

⁷⁴ B.E. DIALLA, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ GWP/AO, *op. cit.*, p. 46.

- le compostage consiste à fermenter dans une fosse des matières organiques d'origine végétale et animale pendant une certaine période. Elle n'est pas très répandue au Sahel en raison des contraintes liées à sa pratique, notamment la difficulté de creuser et de vider la fosse une fois le compost obtenu, le problème d'eau pour l'arrosage et le manque de moyen de transport du compost au champ pour les paysans. Il a plusieurs variantes comme le compostage en fosse, le compostage en tas avec retournement périodique, le compostage avec utilisation du compost plus⁷⁶;
- la reconversion progressive des éleveurs: face à la rareté des ressources naturelles, certains éleveurs sont contraints de délaisser leur activité devenue particulièrement exigeante. En conséquence, beaucoup d'entre eux se tournent vers d'autres secteurs tels que l'agriculture ou l'orpaillage ou combinent plusieurs activités;
- la recomposition du troupeau qui consiste à réorganiser la structure et la composition des animaux par la réduction de la taille du troupeau et en privilégiant des espèces plus résilientes;
- le stockage du foin et du fourrage: cette pratique permet de parer aux besoins relatifs à l'alimentation du bétail en saison sèche⁷⁷. Un stock de fourrages est constitué à partir des résidus de récoltes (tiges, feuilles) ou d'herbe et conservé dans un lieu aménagé à cet effet. Ce stock servira à nourrir les animaux lorsque le pâturage ne permet pas de subvenir à leurs besoins alimentaires.

4. Les difficultés d'application des savoir-faire traditionnels

Les attaques terroristes ont eu pour entre autres effets, un déplacement massif des populations des localités touchées. Les violences ont contraint la population à quitter les zones d'insécurité pour se réfugier dans les localités plus sécurisées notamment dans les centres urbains ou

⁷⁶ A.J. NIANOGO, M. SAVADOGO, O. SEYNOU, J. SOMDA, S. ZABRE (eds.), *Catalogue des bonnes pratiques d'adaptation aux risques climatiques au Burkina Faso*, Ouagadougou, Burkina Faso, 2011, p. 52.

⁷⁷ A.J. NIANOGO, M. SAVADOGO, O. SEYNOU, J. SOMDA, S. ZABRÉ (eds.), *op. cit.*, p. 48.

d'autres zones rurales épargnées. L'éloignement ou l'inaccessibilité de leurs terres ne le permet plus de poursuivre leurs activités ou du moins convenablement.

4.1. *L'inaccessibilité des ressources naturelles*

L'implantation d'une communauté dans une localité est toujours influencée par un ou plusieurs facteurs⁷⁸ qui peut être géographique, économique, social, culturels et religieux. En générale, en milieu rural, elle se forme dans des zones favorables à leur subsistance qui peuvent être des sources d'eau (rivières, lacs, sources), les forêts, les terres fertiles propices à l'agriculture, des lieux offrant une protection naturelle telle que les collines ou riches en minerais (l'or). Même si le mobile religieux, est souvent invoqué pour justifier les attaques, il n'en demeure pas moins que l'accès et le contrôle des ressources naturelles telles que l'or, les forêts, les parcs semble au vu des agissements des groupes terroristes, jouer un rôle central dans leur motivation. Les localités qui regorgent de ressources naturelles, sont les plus exposées aux attaques.

Selon le Conseil National de Secours d'Urgence et de Réhabilitation (CONASUR), au 31 mars 2023 le nombre de personnes déplacées internes (PDI) du fait de l'insécurité s'élevait à plus de deux millions au Burkina. Ce chiffre qui a probablement augmenté en raison du nombre croissant de villages abandonnés par leurs habitants depuis cette date, illustre l'ampleur de la crise des déplacés.

Ces populations ayant été obligées d'abandonner leurs localités d'origine pour des raisons d'insécurité, se retrouvent éloignées de leurs terres et ne peuvent pratiquer une activité à fortiori mettre en œuvre une technique d'adaptation.

4.2. *Les pratiques de survie nuisibles à l'environnement*

Dans certaines localités d'accueil, la pression foncière et la raréfaction des ressources ont intensifier les conflits. Certaines pratiques peu soucieuses de la protection de l'environnement se sont exacerbées en

⁷⁸ Economiques, sociaux, culturel, religieux etc.

lien avec la crise sécuritaire. Il s'agit notamment de l'utilisation abusive par la population des pesticides et engrais chimiques pour maximiser la production des portions de terres disponibles, de l'exploitation anarchique des ressources forestières (bois, charbon de bois), des défrichements à des fins agricoles, de la surexploitation des ressources ligneuses et la cueillette des fruits immatures. Aussi, en raison de la mobilité inhérente à leur métier, les éleveurs pasteurs sont également affectés. En effet, certains points d'eau tels que la marre d'Oursi, les zones pastorales comme Tapoa Boopo et Kabonga, situées dans la région de l'Est, sont sous contrôle de groupes terroristes. Leur accès comporte d'énormes risques sécuritaires. Il en résulte un surpâturage dans certains endroits compromettant la capacité de régénération de la nature. L'inaccessibilité des ressources foncières, forestières et pastorales rend pratiquement inapplicables les savoir-faire traditionnels.

5. Conclusion

«L'homme est à la fois créature et création de son environnement qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel». C'est ainsi que proclame dès son préambule, la Déclaration de Stockholm de 1972 pour rappeler le lien entre l'homme et l'environnement. Par leurs effets, dont l'ampleur et la portée tant dans le temps et que dans l'espace demeurent difficiles circonscrire, les changements climatiques menacent ce lien de dépendance vitale pour l'humanité. Face à cette menace, la communauté internationale, régionale et les Etats pris isolément, se mobilisent avec des résultats forts appréciables mais insuffisants au regard des enjeux. Très disproportionnellement affectées par les changements climatiques, les populations du Sahel en général et du Burkina en particulier ont inventé des pratiques traditionnelles d'adaptation qui leur permettaient de (re)vivre en parfaite harmonie avec la nature. Cependant, la dégradation du contexte sécuritaire et l'inaccessibilité des ressources foncières ne permettent plus la poursuite de la bonne dynamique qui était en cours.

EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE ET PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT: UN COUPLE IMPOSSIBLE? LE DROIT ANTITRUST FACE AU DÉFI D'INNOVER SON APPAREIL CONCEPTUEL ET MÉTHODOLOGIQUE

*Silvia Pietrini**

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. Le passé: le primat du bien-être du consommateur et de l'efficacité économique au détriment de la protection de l'environnement. 2.1. La protection de l'environnement en droit des ententes. 2.2. La protection de l'environnement en droit des abus de domination. 2.3. La protection de l'environnement en droit des concentrations. 3. Le présent: une évolution sans révolution. 3.1. L'évolution en droit des pratiques anticoncurrentielles. 3.2. L'évolution en droit des concentrations. 4. Quel avenir?

Résumé

Pendant longtemps, l'environnement n'a pas constitué une préoccupation prioritaire de la politique de concurrence menée par la Commission européenne et les législateurs nationaux. La crise climatique a toutefois changé la donne. Si les mesures adoptées par la Commission européenne en droit antitrust doivent être saluées, les juristes et les économistes doivent mener une réflexion approfondie pour concilier efficacement concurrence et environnement.

Abstract

For a long time, the environment was not a priority concern of the competition policy pursued by the European Commission and national legislators. However, the climate crisis has changed the situation. While the measures adopted by the European Commission in antitrust law must be welcomed, lawyers and economists must conduct a thorough reflection to reconciling competition and the environment more effectively.

* Maître de conférences en droit privé, Université de Lille: silvia.pietrini@univ-lille.fr.

Riassunto

Per molto tempo, l'ambiente non è stato una priorità nella politica della concorrenza perseguita dalla Commissione Europea e dai legislatori nazionali. Tuttavia, la crisi climatica ha cambiato la situazione. Sebbene le misure adottate dalla Commissione Europea in materia di diritto antitrust siano da accogliere con favore, giuristi ed economisti devono avviare una riflessione approfondita per conciliare in modo più efficace concorrenza e ambiente.

1. Introduction

Dans une récente déclaration, le secrétaire général des Nations Unies a affirmé avec gravité: “Notre planète essaie de nous dire quelque chose. Mais nous ne semblons pas l’écouter (...). L’heure de la crise climatique a sonné. Il est temps de se mobiliser, d’agir et d’obtenir des résultats”¹. Face au climat qui change à une vitesse inouïe, la concurrence peut-elle être mobilisée en tant qu’instrument de politique économique? Avec quels moyens d’action? Et pour quels résultats? La réponse à ces questions est délicate tant les obstacles sont redoutables. De prime abord, “le couple environnement et (concurrence) ne semble pas faire bon ménage”² en raison de la “dissemblance originelle de leurs objectifs respectifs”³. D’ailleurs, sur le vieux continent, pendant plusieurs années, la politique de concurrence et la politique environnementale “se sont développée(s) dans une ignorance mutuelle”⁴, la première visant à assurer l’intégration du marché commun et le bon fonc-

¹ https://www.francetvinfo.fr/monde/environnement/crise-climatique/infographie-crise-climatique-le-mois-de-mai-a-ete-le-plus-chaud-jamais-enregistre-au-niveau-mondial-bouclant-un-an-de-records-consecutifs_6583977.html, 5 juin 2024.

² K. BARTENSTEIN, *L’antagonisme «commerce et environnement» ou le principe de développement durable comme fil conducteur pour la réconciliation des intérêts commerciaux et environnementaux sous l’article XX du GATT*, thèse, Université Laval, 2007, p. 17.

³ M. DUMARÇAY, *Développement économique durable et solidaire et droit de la concurrence: vers une alliance raisonnée?*, in *RDAI/IBLJ*, 1, 2021, p. 101 et spéc. p. 102.

⁴ J. MALET-VIGNEAUX, *L’intégration du droit de l’environnement dans le droit de la concurrence*, thèse soutenue le 4 juillet 2014, Université de Nice-Sophia Antipolis, p. 29.

tionnement de celui-ci, la deuxième touchant à la protection de biens non marchands. Mais ce discours est depuis longtemps désuet en raison d'un mouvement d'économicisation de l'environnement⁵ qui s'est développé à partir des années '70. Pourtant, alors qu'à cette époque l'environnement rentrait dans les agendas des organisations internationales⁶, les institutions en charge d'assurer la protection d'une concurrence saine et effective sur le marché se sont souvent gardées de prendre en considération la protection de l'environnement dans l'exercice de leurs pouvoirs.

Il faut dire que le périmètre d'intervention a été toujours limité. Premièrement, le droit de la concurrence ne s'applique que si certaines conditions sont réunies. Les activités contribuant à la protection de l'environnement ne sont pas automatiquement soumises au droit de la concurrence: en droit de l'Union, il faudra s'assurer que les entreprises en cause exercent une activité économique, détachable de toute éventuelle activité relevant d'une prérogative de puissance économique et en dehors de toute intervention coercitive de l'Etat. En outre, si l'activité relève du secteur agricole, elle sera soumise à des règles spécifiques. De même, le droit commun de la concurrence exige que le jeu de la concurrence soit suffisamment atteint pour envisager une intervention des autorités compétentes⁷. Deuxièmement, les autorités de concurrence sont guidées par une approche qui au fil du temps s'est imprégnée de l'analyse économique⁸. L'efficacité et la défense du bien-être des con-

⁵ J.-P. TONNEAU, *Le droit économique comme levier de la transition écologique? Perspectives sociologiques à propos d'un domaine du droit et de son enseignement*, in *RIDE*, 2, T. XXXVII, 2023, p. 9 et spéc. p. 10.

⁶ A.S. TIMOSHENKO, *From Stockholm to Rio: The Institutionalisation of Sustainable Development*, in W. LANG (dir.), *Sustainable development and international law*, London, 1995, p. 143.

⁷ On pense notamment à la théorie du seuil de sensibilité énoncée dans la Communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du TFUE (communication de *minimis*), JOUE n°C 291 du 30 août 2014, p. 1.

⁸ L. IDOT, *Argument économique et argument sociologique*, in D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Paris, 2015, p. 45. L'analyse économique a également imprégné le raisonnement des juridictions chargées de contrôler la bonne application des règles *antitrust* par les autorités de concurrence.

sommateurs constituent la boussole de leur action. Dès lors, si la conciliation entre concurrence et environnement est concevable dans les situations qui portent atteinte à la fois à la concurrence et à l'environnement, d'autres situations sont plus problématiques à évaluer. Quoi qu'il en soit, comme l'a observé un auteur, "si on attend d'une autorité de concurrence qu'elle protège l'environnement *per se*, la déception risque d'être immense"⁹ puisque celle-ci ne peut pas être assimilée à une autorité environnementale. Troisièmement, les autorités de concurrence estiment qu'elles ne sont pas en première ligne pour régler les problèmes liés à la dégradation de l'environnement et au changement climatique. Si la Commission européenne "présente à la fois un profil politique et administratif"¹⁰ pouvant justifier le rôle d'arbitre entre intérêts généraux, les autorités de concurrence des Etats membres sont souvent des autorités administratives indépendantes qui ne bénéficient d'aucune "légitimité politique pour prendre des décisions visant l'intérêt public en dehors de son champ de compétence circonscrit par la loi"¹¹. Le principe de séparation des pouvoirs empêche aussi de transformer les autorités de concurrence en autorités définissant la norme de durabilité applicable¹².

Malgré ces difficultés, la rencontre entre concurrence et environnement était inévitable, car l'environnement a été appréhendé au fur et à mesure à travers le prisme de la science économique. Ancré dans la notion de développement¹³, l'environnement est devenu au fil du temps un "champ d'investigation" de l'économie qui a abouti à l'essor d'un

⁹ W. CHAIEHLOUJ, *Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement?*, in CCC, 4, avril 2022, p. 1 et spéc. p. 2.

¹⁰ C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2016, p. 312.

¹¹ E. CHANTREL, *Le contrôle des concentrations en France* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, in Concurrences, 2, 2021, p. 52 et spéc. p. 53.

¹² J. NOWAG, note de référence *Durabilité et droit et politique de la concurrence* publiée par l'OCDE, DAF/COMP(2020)3, 7 janv. 2021.

¹³ Sur cette notion, voir L. FONBAUSTIER, *Le développement durable peut-il être saisi par le droit? Déception et potentiel d'un oxymore en cours de dépassement*, in P. SERRAND, P. SZWEDO, W. ZAGORSKI, L. HELINSKA (sous la dir.), *La durabilité saisie par le droit*, Paris, 2023, p. 43.

véritable droit économique de l'environnement. Par ailleurs, les organisations internationales ont exhorté progressivement à faire interagir les politiques économiques et environnementales. En 2015, la Commission des Nations Unies sur le commerce et le développement avait déjà affirmé que “(p)our parvenir à une croissance et à un développement durables et solidaires, il faut un dosage précis de mesures politiques prenant en compte la situation économique, sociale et environnementale spécifique d'un pays” et qu’“(u)ne politique de la concurrence bien conçue et mise en œuvre efficacement s'inscrit dans le prolongement de ces politiques pour générer une croissance durable et équitable”¹⁴. La rencontre avec le droit de la concurrence, considéré le “cœur du droit économique”¹⁵, était donc inéluctable.

Cette rencontre était également nécessaire pour au moins deux raisons. Tout d'abord, malgré les avancées indéniables en matière d'action publique et de réglementation, l'efficacité des outils est globalement limitée¹⁶. En outre, les accords entre entreprises visant, soit l'application d'une législation nationale ou européenne, soit l'établissement conjoint avec les autorités publiques d'une ligne de conduite, soit la mise en place d'une autoréglementation présente des limites¹⁷. D'une part, ces accords sont souvent non contraignants. D'autre part, la liberté de coopération est limitée par l'exigence de préserver la concurrence effective. Enfin, comme le Comité de la concurrence de l'OCDE l'a souligné dans une étude consacrée aux considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence, la politique de concurrence peut jouer un rôle actif dans la protection de l'environnement. En effet, même si “la concurrence ne garantit pas toujours les résultats économiques les plus durables dans tous les marchés, notamment en

¹⁴ CNUCED, *Rôle de la politique de la concurrence dans la promotion d'une croissance durable et solidaire*, 27 avr. 2015, TD/RBP/CONF.8/6, p. 6.

¹⁵ G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, 2004, p. 120.

¹⁶ Sur les limites des politiques de régulation pour compenser les conséquences négatives climatiques, environnementales et sociales de l'économie de marché, voir F. AGGERI, *Marchés et développement durable*, in A. HATCHUEL, O. FAVEREAU, F. AGGERI (sous la dir.), *L'activité marchande sans le marché?*, Paris, 2010, p. 231.

¹⁷ Contribution de la Commission européenne in *Competition policy and environment*, OCDE/GD(96)22, 1995, p. 66.

raison des caractéristiques spécifiques de chaque marché ou d'éventuels problèmes d'offre et de demande"¹⁸, elle peut être bénéfique en termes environnementales. Premièrement, lorsque les consommateurs sont sensibles aux produits ou services respectueux de l'environnement, les entreprises sont incitées à adapter leur offre de produits et à investir en faveur du respect de l'environnement. Deuxièmement, lorsqu'une pratique cause une double atteinte à la concurrence et à l'environnement, les préjudices qui en découlent sont liés et les outils traditionnels du droit de la concurrence participent activement à la protection de l'environnement. Troisièmement, le droit de la concurrence peut contribuer à la protection de l'environnement en prenant en compte les avantages, les exceptions et les arguments d'efficacité sur le plan des politiques publiques en lien avec un comportement à la fois respectueux de l'environnement et favorable à la concurrence¹⁹.

Au-delà de la nécessité de pallier les limites de l'action politique et réglementaire, la rencontre entre concurrence et environnement devait se faire, car elle est ancrée dans les sources du droit de l'Union. Concurrence et environnement figurent parmi les objectifs du droit primaire de l'Union²⁰ et constituent des composantes de l'intérêt général ayant un caractère fondamental²¹. Néanmoins, la concurrence n'a jamais été une fin en soi mais plutôt un outil au service de la construction du projet européen²² et elle a dû composer rapidement avec les autres politiques et actions de l'Union. Historiquement, si l'Acte Unique européen de 1986 a posé les bases de l'exigence d'intégration figurant à l'article 11 du TFUE²³, la conciliation entre concurrence et environnement a été

¹⁸ OCDE, *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence. Evaluation juridique*, 4 janv. 2022, DAF/COMP(2021)4, p. 12. L'étude liste plusieurs exemples de défaillance du marché du côté de la demande et de l'offre.

¹⁹ *Id.*, p. 12.

²⁰ Cf. art. 3 (3) du Traité sur l'UE. La protection de la concurrence figure plus précisément dans le protocole additionnel 27 qui est annexé aux Traités UE et FUE qui a la même valeur juridique que les Traités.

²¹ Cf. notamment les articles 16 et 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²² Art. 3, § 3 TUE.

²³ L'article 130 R 2 de l'Acte unique européen prévoyait que "les exigences en matière d'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté".

affirmée bien avant. Le premier programme d'action de la Communauté pour la protection de l'environnement, couvrant la période 1973-1976, avait déjà énoncé le principe selon lequel la "politique de l'environnement peut et doit aller de pair avec le développement économique et social"²⁴. Vingt-cinq années plus tard, la Commission européenne affirmait encore plus clairement que l'intégration environnementale dans les autres politiques "n'est plus un choix mais une obligation" imposée par le traité et soumise au contrôle juridictionnel de la CJUE²⁵. Pourtant, pendant plusieurs années, la "puissance normative" de la protection de l'environnement et des objectifs du développement durable²⁶ n'a pas suivi d'effets concrets. En effet, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et la jurisprudence de la CJUE²⁷, sans être totalement indifférentes à la question de la protection de l'environnement dans les affaires *antitrust*, n'ont pas connu un développement à la hauteur des enjeux. Il faudra attendre 2019 pour que, face à l'urgence climatique, le principe d'intégration de la protection environnementale connaisse un intérêt renouvelé au sein des différentes politiques européennes. Sous le premier mandat de Ursula von der Leyen, la Commission a publié un pacte vert pour l'Europe²⁸ ayant pour ambition de "ré-

²⁴ Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973 concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE n°C 112, 20 décembre 1973, p. 7.

²⁵ Communication de la Commission au Conseil européen "Partenariat d'intégration: une stratégie pour intégrer l'environnement dans les politiques de l'UE" – Cardiff de juin 1998, COM (1998) 33 final du 27 mai 1998, pp. 11 et 3.

²⁶ G. CANIVET, *Vers une articulation renforcée de la politique de concurrence avec d'autres politiques: Politique du développement durable* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, in *Concurrences*, 2, 2021, p. 61 et spéc. p. 64.

²⁷ Cf. CJCE, 25 oct. 1977, *Metro/Commission*, aff. 26/76, ECLI:EU:C:1977:167. Dans cette célèbre affaire, la Cour de justice a adopté une approche multicritère: "la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit – de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée – ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue (...)" (pt 21).

²⁸ Sur l'origine du Pacte Vert, voir C. CHARVERIAT, *Le Pacte Vert: origines et évolution* in *Groupe d'études géopolitiques*, déc. 2022, 14, consultable sur le site Internet <https://geopolitique.eu/>.

concilier l'économie avec la planète (...), en transformant les défis climatiques et environnementaux en opportunités dans tous les domaines d'action et en garantissant une transition juste et inclusive pour tous"²⁹. L'année suivante, en pleine pandémie de la Covid-19, la commissaire à la concurrence Margrethe Vestager a lancé une vaste consultation publique sur l'interaction entre les différents instruments de la politique de concurrence pour répondre aux défis environnementaux, convaincue que la politique de concurrence peut "contribuer" à l'objectif de transition écologique en tant que complément des outils de régulation³⁰. Symbole de ce choix politique, le dernier rapport sur la politique de concurrence de l'Union consacre une section spécifique à la transition écologique en tant que "grande ambition"³¹. Certains Etats membres n'ont pas été moins audacieux en se montrant très créatifs dans la matière. En particulier, dans l'exercice de leurs différents pouvoirs, les autorités nationales de concurrence ont parfois mené des réflexions novatrices sur l'intégration effective du développement durable³².

Sans prétendre à l'exhaustivité, dans le cadre de la présente étude, nous allons explorer les outils déployés pour appréhender la relation entre concurrence et environnement en droit *antitrust* européen en dé-

²⁹ Communiqué de presse du 11 déc. 2019, IP_19_6691. Voir également Communication de la Commission européenne, *Le pacte vert pour l'Europe*, 11 déc. 2019, COM(2019) 640 final, p. 3.

³⁰ Comm. eur., *La politique de concurrence à l'appui du pacte vert pour l'Europe – Appel à contributions*, 13 oct. 2020. Voir: https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_fr.pdf.

³¹ Comm. eur., *Rapport sur la politique de concurrence 2022*, 4 avr. 2023, SWD (2023) 76 final.

³² Les autorités grecque et néerlandaise ont été pionnières en élaborant des lignes directrices formelles qui fournissent aux entreprises des éléments qui permettent d'évaluer l'impact de leurs actions "vertes" sur la concurrence. L'autorité de concurrence française a élaboré un communiqué le 27 mai 2024 et adopté quelques jours plus tard ses premières orientations informelles en matière de développement durable au sujet d'un projet de guide constituant une méthode harmonisée de calcul de l'empreinte environnementale de produits relevant du secteur de la nutrition animale (AdIC, Orientations informelles n°24-DD-01 du 14 juin 2024).

laissant d'autres composantes du droit de la concurrence³³. En raison du développement des stratégies "vertes" des entreprises, le problème de l'application de la législation *antitrust* à des affaires dont l'objectif principal ou accessoire est la protection de l'environnement risque de se poser de plus en plus fréquemment. En outre, les autorités nationales sont en première ligne dans l'application du droit européen des pratiques anticoncurrentielles et une coopération accrue est constatée en matière de concentrations. Les expériences des Etats membres plus créatifs en matière d'intégration des objectifs environnementaux en droit de la concurrence pourraient dès lors nourrir les réflexions futures des institutions européennes. Réciproquement, les avancées en droit de l'Union pourraient exercer une influence au sein des Etats membres plus récalcitrants et bien au-delà, à l'échelle mondiale, comme c'est déjà le cas dans d'autres branches du droit³⁴.

En survolant les différentes époques qui ont marqué le droit européen de la concurrence, il apparaît que la relation entre concurrence et environnement en droit *antitrust* européen a fait l'objet d'une évolution fragmentée, traversée de courants contraires (2). Face aux résultats décevants, le premier mandat de Ursula von der Leyen a placé l'environnement au cœur de l'action de la Commission européenne. Ce nouvel élan de la lutte contre la crise climatique s'est traduit par l'adoption d'un certain nombre de mesures qui ont pour objectif d'intégrer davantage la protection de l'environnement en droit *antitrust* (3). Si ces mesures montrent que l'environnement et la concurrence sont "une combinaison qui progresse"³⁵, seront-elles pour autant à la hauteur des enjeux (4)?

³³ Le contrôle des aides d'État en matière environnementale était déjà "relativement solide" dans les années '90. Sur ce point, L. IDOT, *Environnement et droit communautaire de la concurrence*, in *JCP G*, 24, I, 1995, p. 3852.

³⁴ Voir notamment la législation adoptée récemment pour saisir les enjeux de l'économie numérique.

³⁵ Autorité de la concurrence française, *Développement durable et concurrence, une combinaison qui progresse*, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

2. *Le passé: le primat du bien-être du consommateur et de l'efficacité économique au détriment de la protection de l'environnement*

Malgré les divergences sur la notion et les finalités du droit de la concurrence qui se sont profilées au fil du temps³⁶, le droit européen de la concurrence a été tout d'abord un droit au service de la réalisation du marché intérieur et de la promotion de la compétitivité de l'économie au profit des consommateurs et des entreprises en Europe³⁷, la protection de l'environnement ayant une place marginale dans les affaires d'entente (2.1), d'abus de position dominante (2.2) et de concentrations (2.3).

2.1. *La protection de l'environnement en droit des ententes*

Depuis le Traité de Rome de 1957, la base juridique pour apprécier les affaires d'entente n'a pas évolué. Ainsi, en droit de l'Union, lorsque l'entente est dépourvue d'objet anticoncurrentiel³⁸, il faudra vérifier si celle-ci a des effets qui affectent la concurrence réelle ou potentielle en termes de prix, de production, d'innovation, de diversité ou encore de qualité des produits et services. Dans cette hypothèse, il faudra s'assurer que l'atteinte est suffisamment sensible pour justifier une intervention des autorités. Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, des intérêts généraux autres que la concurrence ont permis d'exclure la réunion des conditions de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles. Néanmoins, dans ces affaires, c'est par une négation de la restriction de concurrence que l'intérêt général autre que le maintien de la concurrence a été intégré³⁹. Dans quelques rares affaires, la

³⁶ Pour un aperçu, F. JENNY, *Le droit de la concurrence en question: Une mise en perspective*, in *Concurrences*, 2, 2024, p. 2.

³⁷ F. JENNY, *Droit européen de la concurrence et efficience économique* in *Revue d'économie industrielle*, 63, 1993, p. 193.

³⁸ Une restriction de concurrence par objet présente un tel degré de nocivité pour le jeu de la concurrence que l'examen de ses effets n'est pas nécessaire.

³⁹ En ce sens, L. IDOT, *L'approche des considérations d'intérêt public dans le droit des ententes: Approche juridique* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence* in *Concurrences*, 2, 2021, p. 12 et spéc. p. 17.

protection de l'environnement a été incorporée dans l'analyse économique d'une entente anticoncurrentielle. A titre d'illustration, dans l'affaire *Dieselgate*⁴⁰, trois entreprises se sont entendues pour limiter le recours à des technologies réduisant les émissions de CO₂ alors qu'elles possédaient la technologie nécessaire pour réduire les émissions nocives au-delà de ce qui était légalement exigé par les normes d'émission de l'UE. Peut-on tirer la conclusion que la Commission européenne a pris en compte la protection environnementale en tant que telle? Ne nous trompons pas. Dans cette affaire, la protection de l'environnement était un paramètre concurrentiel parmi d'autres et si l'entente a été sanctionnée, c'est parce que elle a restreint la liberté de choix des consommateurs prêts à payer plus cher des véhicules moins polluants⁴¹. Comme l'a souligné un auteur, l'autorité de concurrence n'aura pas de difficulté à intégrer la protection de l'environnement dans son analyse économique lorsque "l'argument écologique et l'argument économique ne forment-ils qu'un seul et même argument"⁴². En revanche, la tâche se complique considérablement lorsqu'une pratique porte atteinte à la concurrence tout en remplissant un objectif de durabilité, autrement dit lorsqu'il y a un conflit entre les deux intérêts généraux. La tâche est d'autant plus difficile que, depuis la modernisation opérée par le règlement n°1/2003, les autorités de concurrence limitent leurs interventions aux ententes les plus graves, à savoir celles qui sont considérées restrictives de concurrence par objet. Dans cette hypothèse, "la restriction de concurrence est (...) jugée suffisamment grave pour

⁴⁰ Comm. eur., déc. du 8 juill. 2021, aff. AT-40178; communiqué de presse, 8 juill. 2021. La coordination ne portait que coordination sur des aspects techniques, et non sur les prix, les coûts ou les quantités.

⁴¹ Dans tout autre secteur, l'Autorité de concurrence française a sanctionné récemment des organismes professionnels pour avoir mis en œuvre une stratégie collective visant à empêcher les industriels du secteur de se faire concurrence sur la question de la présence ou non d'une substance chimique de synthèse dans les contenants alimentaires (AdIC, décision 23-D-15 du 29 déc. 2023; comm. M. DEBROUX in *Concurrences*, 2, 2024, p. 78).

⁴² W. CHAIEHLOUJ in Table ronde *Les préoccupations environnementales ont-elles leur place parmi les finalités du droit économique? Le rôle des arguments économiques*, in A.-S. EPSTEIN, M.-A. CHARDEAUX (dir.), *Le droit économique de l'environnement. Acteurs et méthodes*, Paris, 2024, p. 145 et spéc. p. 167.

écarter tout débat sur d'autres considérations d'intérêt public au stade de la qualification d'entente"⁴³.

Le principe d'interdiction des ententes au sens de l'article 101, § 1 du TFUE est toutefois assorti d'une exception⁴⁴ dont les principes n'ont pas changé depuis l'origine. L'article art. 101, § 3 du TFUE prévoit notamment une exemption qui ne vaut que si l'entente restrictive de concurrence contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, réserve une partie équitable du profit qui en résulte aux utilisateurs, veille à ce que les restrictions de concurrence soient indispensables pour atteindre cet objectif et n'élimine pas la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces quatre conditions sont cumulatives et exhaustives. Selon les parts de marché que détiennent les membres de l'entente, des règlements d'exemption par catégorie – de portée générale ou sectorielle – créent une présomption de légalité pour les ententes, pour autant qu'elles ne comportent pas de restriction caractérisée de la concurrence.

La Commission européenne a développé au fil du temps une conception malléable de la contribution au progrès économique pour y inclure des intérêts généraux variés. Dans son célèbre arrêt *Metro*, la CJUE a confirmé que

les compétences octroyées (...) par l'article (101) paragraphe 3 démontrent que les nécessités du maintien d'une concurrence efficace peuvent être conciliées avec la sauvegarde d'objectifs de nature différente, et, que dans ce but, certaines restrictions de concurrence sont admissibles lorsqu'elles sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et n'aboutissent pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché commun⁴⁵.

⁴³ L. IDOT, *L'approche des considérations d'intérêt public dans le droit des ententes: Approche juridique* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence* in *Concurrences*, 2, 2021, p. 12 et spéc. p. 15.

⁴⁴ Nommée "exemption" (art. 101, § 3 du TFUE) ou "dérogation" (art. 106, § 2 du TFUE, texte consacré aux entreprises auxquelles on a confié une mission d'intérêt économique général).

⁴⁵ CJCE, 25 oct. 1977, *Metro*, précité, pt. 21.

L'article 101, § 3 du TFUE semble donc constituer le "cadre naturel"⁴⁶ pour la prise en considération de l'intérêt environnemental au niveau de la mise en balance de l'application pure et simple des règles de prohibition des ententes anticoncurrentielles. En pratique, l'intégration de la cause environnementale dans l'analyse concurrentielle n'a eu lieu que dans un nombre limité d'affaires.

Ainsi, sous l'ancien régime d'autorisation préalable des pratiques susceptibles de porter atteinte à la concurrence, la Commission européenne a eu l'occasion d'intégrer la protection de l'environnement dans l'analyse d'ententes restrictives de concurrence, soit en tant qu'objet principal de l'entente, soit en tant qu'élément accessoire de celle-ci⁴⁷. Elle a également pris le parti de consacrer des développements spécifiques aux accords environnementaux dans les lignes directrices consacrées à l'application du mécanisme d'exemption aux accords de coopération horizontale⁴⁸. Ces lignes, publiées en 2001, ont été novatrices à plusieurs égards. Après avoir distingué entre les accords ne tombant pas sous le coup du principe d'interdiction⁴⁹, ceux tombant presque toujours sous le coup du principe d'interdiction⁵⁰ et ceux susceptibles de tomber sous le coup du principe d'interdiction⁵¹, la Commission avait donné des indications utiles concernant l'éventuelle exemption des accords environnementaux. Elle avait notamment affirmé que les accords environnementaux "peuvent apporter des avantages économiques qui, soit au niveau du consommateur individuel soit à celui de la société dans

⁴⁶ L. IDOT, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷ Voir, à titre d'illustration, Comm. eur., déc. du 11 oct. 1988, *BBC Brown Boveri*, 88/54/CEE, JO, n°L 301, 15 juill. 1988, p. 68 et déc. du 14 janv. 1992, *Assurpol*, 92/96/CEE, JO, n°L 37, 14 févr. 1992, p. 16; L. IDOT, *Environnement et droit communautaire de la concurrence* in *JCP éd. G*, n°24, 14 juin 1995, I, 3852, n°3.

⁴⁸ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE n°C 003 du 6 janv. 2001 p. 2. Les accords environnementaux visés "sont des accords aux termes desquels les parties s'engagent à parvenir à une réduction de la pollution, conformément à la législation sur l'environnement ou aux objectifs fixés en matière d'environnement" (§ 179).

⁴⁹ *Id.*, §§ 184 et ss.

⁵⁰ *Id.*, § 188.

⁵¹ *Id.*, §§ 189 et ss.

son ensemble, contrebalancent leurs effets négatifs sur la concurrence”⁵². Quant au caractère indispensable de l’entente, il était possible d’étayer l’évaluation

par une analyse coûts-efficacité montrant que les autres moyens permettant d’obtenir les avantages environnementaux escomptés seraient plus coûteux, économiquement ou financièrement, sur la base d’hypothèses raisonnables⁵³.

Les clarifications des lignes directrices de 2001 n’ont cependant pas eu l’effet escompté. En pratique, les entreprises sont arrivées rarement à passer le test de nécessité et de proportionnalité imposé par le droit de l’Union pour justifier une dérogation au principe d’interdiction des ententes anticoncurrentielles⁵⁴.

Avec l’entrée en vigueur du règlement n°1/2003, la protection de l’environnement a disparu du radar du droit de la concurrence. Symptôme de ce virage, les lignes directrices de 2004⁵⁵ et de 2011⁵⁶ ont supprimé tout développement spécifique sur les accords environnementaux. Cela s’explique par le fait que à cette époque la Commission européenne a proposé, puis adopté une “approche plus économique” (dit également “approche par les effets”)⁵⁷ – promouvant une application “neutre” du droit *antitrust*, c’est-à-dire exempte de considérations d’intérêt général⁵⁸. Dans ce nouveau cadre, un grand nombre d’autorités

⁵² *Id.*, § 193.

⁵³ *Id.*, § 196.

⁵⁴ La protection de l’environnement n’est pas de nature à sauver l’entente lorsque celle-ci comporte des restrictions non indispensables. Voir, à titre d’illustration, Comm. eur., déc. du 19 déc. 1990, *ANSAC*, 91/301/CEE.

⁵⁵ Comm. eur., Lignes directrices concernant l’application de l’article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE, 27 avr. 2004, C-101/97.

⁵⁶ Comm. eur., Lignes directrices sur l’applicabilité de l’article 101 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne aux accords de coopération horizontale, JOUE, 14 jan. 2011, C-11/1.

⁵⁷ Voir notamment Comm. eur., Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l’application de l’article 82 du traité CE aux pratiques d’éviction abusives des entreprises dominantes du 24 févr. 2009, 2009/C 45/02.

⁵⁸ C. PRIETO, *Source économique du droit de la concurrence: quelle efficacité?*, in CCC, 2020, n°6, dossier 3.

de concurrence a mené l'évaluation d'impact de l'entente sur la concurrence en s'appuyant sur le critère du "bien-être du consommateur"⁵⁹ et d'efficacité économique en sanctionnant les distorsions préjudiciables du processus par lequel la demande des consommateurs est exprimée et satisfaite⁶⁰.

Malgré l'absence de définition juridique de ces termes, le "bien-être du consommateur" est apprécié traditionnellement à partir de paramètres économiques, en particulier, le paramètre des prix qui constitue souvent le critère déterminant de l'analyse concurrentielle⁶¹. En outre, le bien-être économique des consommateurs finals est évalué sur le court terme alors que les bienfaits environnementaux d'une pratique peuvent se manifester à des moments différents⁶². Enfin, l'analyse ne porte généralement que sur les avantages matérialisés sur les marchés affectés par la pratique anticoncurrentielle ou sur des marchés "étroitement liés"⁶³. Or, les avantages environnementaux peuvent toucher des groupes de consommateurs ou des territoires géographiques différents. Lorsque la Commission européenne a retenu des gains environnemen-

⁵⁹ Sur cette notion qui l'objet d'un débat doctrinal nourri, voir, parmi d'autres, OCDE, *La norme de bien-être du consommateur. Comparaison des avantages et inconvénients avec les autres normes*, DAF/COMP(2023)4, 30 mai 2023.

⁶⁰ OCDE, *Les effets positifs du droit et de la politique de la concurrence pour les pays développés et les pays en développement*, in *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 6, 1-2, 2004, p. 47.

⁶¹ A titre d'illustration, dans l'affaire *Chicken of Tomorrow* relative à un accord entre producteurs de poulet de chair et des supermarchés ayant pour objectif de modifier les méthodes d'élevage des volailles, l'autorité de concurrence néerlandaise a considéré que si les consommateurs accordent de l'importance aux critères de bien-être animal et de durabilité, en l'espèce, ils n'étaient pas disposés à payer entièrement l'augmentation des prix due à l'abandon de l'élevage conventionnel; AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT, *Analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*, ACM/DM/2014/206028.

⁶² Les lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE (JO C 101 du 27 avr. 2004, p. 97) évoquent l'hypothèse de gains ayant "un certain décalage" (§ 87). Elles précisent qu'en cas de gains futurs, il convient d'appliquer un taux d'actualisation qui "doit refléter le taux d'inflation, le cas échéant, et les intérêts perdus, pour refléter la valeur plus faible des gains futurs" (§ 88).

⁶³ Sur la jurisprudence de la CJUE, voir J. NOWAG, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford, 2017, p. 234 et ss.

taux d'une entente produits en dehors des marchés pertinents, elle l'a fait car les consommateurs concernés étaient les mêmes. Dans cette hypothèse,

si un accord entraîne une réduction de la pollution pour la société tout entière, et en supposant que les avantages induits sont significatifs, une part importante de ces avantages peut être affectée aux consommateurs lésés (lesquels font partie intégrante de la société) afin de les dédommager du préjudice subi⁶⁴.

Au final, l'approche économique, doublée de l'exigence qui pèse sur l'entreprise d'apporter la preuve des quatre conditions cumulatives de l'article 101 § 3 du TFUE, a vidé de sa substance le principe énoncé par l'article 11 du TFUE.

2.2. *La protection de l'environnement en droit des abus de domination*

L'article 102 du TFUE sanctionne l'exploitation abusive d'une position dominante. Comme en matière d'entente, la protection de l'environnement est largement tributaire de l'argument économique qui guide l'action des autorités de concurrence. Si l'article 102 du TFUE peut être mobilisé lorsque, par exemple, une entreprise utilisant une technologie polluante exploite sa position dominante pour évincer un concurrent qui exploite une technologie plus respectueuse de l'environnement ou refuse d'accorder l'accès à des infrastructures indispensables sur le marché de la gestion des déchets⁶⁵, l'appréciation de la pratique présente toutefois des difficultés supplémentaires⁶⁶, car, au-delà des conditions

⁶⁴ OCDE, *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence. Evaluation juridique*, cit., p. 21. Pour un exemple, voir Comm. eur., déc. du 21 déc. 1994, *Philips/Osram*, affaire IV/34.252, JOUE L378, § 25-27.

⁶⁵ Pour un exemple concret, voir Comm. eur., déc. du 20 sept. 2016, *ARA*, aff. AT.39759.

⁶⁶ E. PFISTER, M. POULAIN, *La prise en compte de l'intérêt général dans les affaires d'abus de position dominante* et M.-C. RAMEAU, *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application du droit des abus de position dominante* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, précité, p. 35 et p. 42.

requis pour caractériser l'infraction, selon la jurisprudence européenne, "il n'incombe pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer des produits qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieurs à son propre produit"⁶⁷. Celle-ci a, au contraire, "une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par (son) comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur"⁶⁸.

A la différence de l'article 101 du TFUE, l'article 102 ne prévoit aucun mécanisme d'exemption permettant aux entreprises dominantes sur le marché en cause de justifier certains comportements sur la base des gains d'efficacité⁶⁹. Dans ses orientations relatives aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission européenne admet néanmoins la possibilité pour l'entreprise fautive d'invoquer des justifications d'un abus de position dominante, ce qui constitue une sorte de "quasi-exemption" puisque le cadre d'analyse développé est très similaire à celui défini par l'article 101 § 3 pour les ententes⁷⁰. En particulier, les orientations de la Commission distinguent entre les justifications non économiques et les justifications économiques: d'une part, la pratique peut être "objectivement nécessaire et proportionnée" pour des raisons d'intérêt public à savoir la santé publique et la sécurité; d'autre part, l'entreprise peut justifier son comportement en démontrant que ce dernier produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. A condition de passer le test de nécessité et de proportionnalité, l'exception d'efficacité peut ainsi permettre de justifier

⁶⁷ Comm. eur., Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 févr. 2009, pt 29.

⁶⁸ Comm. eur., Communication modificative de la Commission du 27 mars 2023 sur les orientations retenues pour l'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (C[2023]1923 final), pt 3. Sur la notion de "responsabilité particulière", voir D. BOSCO, *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante in LPA*, 2008, n°133.

⁶⁹ En revanche, cela est prévu par le législateur français. Cf. l'article L. 420-4 C. com.

⁷⁰ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, 2013, p. 902.

une pratique tarifaire discriminatoire lorsque le prix varie en fonction de l'usage respectueux ou non de l'environnement auquel le produit est destiné, ou une vente liée consistant à conditionner l'achat d'un produit de l'entreprise dominante à l'achat d'un autre produit respectueux de l'environnement, ou encore une pratique de prédation consistant à proposer des prix exceptionnellement bas pour susciter l'essai d'un nouveau produit respectueux de l'environnement⁷¹. En pratique, jusqu'à présent la Commission européenne s'est méfiée des allégations d'efficacité des entreprises dominantes⁷², la prise en compte de la protection de l'environnement au stade des justifications objectives d'un comportement d'une entreprise dominante étant tout à fait exceptionnelle et n'intervenant que lorsque l'entreprise s'est vue confier la responsabilité d'un service d'intérêt économique général⁷³.

2.3. *La protection de l'environnement en droit des concentrations*

Dans un cadre législatif favorable à soutenir les acteurs financiers pour transitionner vers une finance durable, les concentrations économiques peuvent jouer un rôle important dans la protection de l'environnement puisque les stratégies d'investissement intègrent de plus en plus des considérations environnementales. Comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, on peut distinguer entre les affaires relativement simples qui sont susceptibles de nuire tant à la concurrence qu'à l'environnement et celles qui sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence tout en ayant un impact positif sur l'environnement⁷⁴. A

⁷¹ Ces exemples sont cités par S. HOLMES, *Climate Change, Sustainability, and Competition Law* in *Journal of Antitrust Enforcement*, 8, 2, 2020, p. 388.

⁷² D. GERADIN, *Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation*, in H. ULLRICH (sous la dir.), *The Evolution of European Competition Law*, Cheltenham, 2006.

⁷³ Il s'agit dans ce cas d'une véritable dérogation, prévue par l'article 106, § 2 du TFUE. Pour une illustration, voir CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavens Sten & Grus*, aff. C-209/98, Rec., 2000, p. I-3743. Sur la question de l'exception d'efficacité dans la perspective de la protection de l'environnement, voir V. MAUBOUSSIN, *Environmental defences as a shield from Article 102 TFEU*, in *Concurrences*, 3, 2022, p. 30.

⁷⁴ OCDE, *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence. Evaluation juridique*, 4 janv. 2022, DAF/COMP(2021)4, p. 43 et ss.

titre d'exemple, une concentration entre entreprises pourrait porter atteinte à la fois à la concurrence et à l'environnement si l'opération était susceptible d'inciter les entreprises à interrompre, retarder ou réorienter des projets de recherche à vocation écologique existants. En revanche, une concentration entre deux entreprises partiellement concurrentes serait préjudiciable d'un point de vue concurrentiel si elle serait susceptible d'entraîner l'augmentation des prix des produits ou services en cause mais contribuerait à la protection de l'environnement si les parties à la concentration disposeraient de savoir-faire et de technologies complémentaires permettant, à terme, d'orienter l'innovation vers la transition écologique.

Quoi qu'il en soit, pour appréhender les opérations de rapprochement d'entreprises ayant un impact sur la concurrence et l'environnement, la Commission européenne appliquera les outils classiques élaborés en droit des concentrations. Pour rappel, l'Union européenne est dotée depuis longtemps d'un instrument juridique spécifique, à savoir le règlement n°139/2004⁷⁵, dont le règlement d'exécution a été modifié en 2023⁷⁶, et d'orientations formelles sous forme de lignes directrices⁷⁷. Le contrôle se déclenche dès lors qu'une opération a un "objet concentrationniste" et une "dimension européenne", celle-ci étant fondée sur des seuils en termes de chiffres d'affaires réalisés par les parties concernées⁷⁸.

Sur le fond, le règlement n°139/2004 établit un test légal fondé sur les effets sur la concurrence. Son article 2 prévoit que seules les concentrations qui entravent de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être interdites; celles

⁷⁵ Le règlement (CEE) n°4064/89 a été le premier texte législatif de droit dérivé consacré aux opérations de concentration. Il a été par la suite remplacé par le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janv. 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO n°L 024 du 29 janv. 2004 p. 1.

⁷⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_2357.

⁷⁷ Cf. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 févr. 2004 et Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales du 18 oct. 2008.

⁷⁸ C. GAVALDA, G. PARLEANI, B. LECOURT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, 2019, p. 483 et ss.

qui ne le font pas doivent être autorisées. On a observé à ce propos qu'il s'agit d'"un test juridique exclusivement "concurrentiel"', le règlement n°139/2004 "n'autoris(ant) pas la Commission à intervenir directement sur la base d'autres critères que celui de la défense de la concurrence"⁷⁹.

Au-delà de l'apparence, certaines dispositions du règlement semblent néanmoins être favorables à la prise en compte de gains d'efficacité environnementaux lors de l'appréciation des concentrations⁸⁰. Tout d'abord, l'article 2 § 1, b) du règlement exige de la Commission qu'elle tienne compte, dans son analyse de la compatibilité des opérations de concentration,

des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals, ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

Lors de l'évaluation d'une opération de concentration, il serait ainsi possible de tenir compte de gains d'efficacité environnementaux dès lors que ces derniers peuvent s'apparenter à des progrès techniques et/ou économiques⁸¹. La pratique décisionnelle de la Commission européenne montre d'ailleurs que la durabilité environnementale en tant que gain d'efficacité potentiel est reconnue au moins implicitement. A titre d'illustration, la décision qui a autorisé sous condition d'engagements structurels l'acquisition de *Monsanto* par *Bayer* contient une section

⁷⁹ J.M. CARPI BADIA, *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence: Droit des concentrations* in conférence *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, précité, p. 47 et spéc. p. 48.

⁸⁰ D. THEOPHILE, *La prise en compte de l'intérêt public dans l'application des règles de concurrence en matière de concentration* in *L'intégration des considérations d'intérêt public dans l'application des règles de concurrence*, précité, p. 56.

⁸¹ A titre d'exemple, il serait possible de prendre en compte les gains suivants: augmentation de la durabilité des produits en cause, meilleure interopérabilité qui retarde l'obsolescence des produits, réduction de l'empreinte carbone des produits, création de technologies innovantes à vocation écologique.

dédiée à l'appréciation des préoccupations non liées à la concurrence tels que l'environnement et le développement durable⁸².

Ensuite, l'article 21 § 4 du règlement autorise les États membres à adopter, en ce qui concerne les concentrations de dimension européenne,

des mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit (européen).

La sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles sont les seuls intérêts cités par le texte. Néanmoins, le même article admet la possibilité de prendre en considération d'autres "intérêts publics" à condition que ces derniers soient communiqués à la Commission et reconnus préalablement par celle-ci "après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit (européen)". Par conséquent, le droit européen des concentrations dispose d'outils juridiques pour appréhender le développement durable⁸³ et les lignes directrices consacrées aux concentrations prennent en compte des dimensions hors prix de la concurrence⁸⁴. En outre, la durabilité environnementale est déjà ancrée dans l'analyse concurrentielle et dans la jurisprudence produite jusqu'à présent⁸⁵.

⁸² Comm. eur., déc. du 21 mars 2018, aff. M.8084, *Bayer/Monsanto*.

⁸³ D. THEOPHILE, cit., p. 60.

⁸⁴ Cf. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE n°C 031 du 5 févr. 2004 p. 5, spéc. pt 8; Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 265 du 18 oct. 2008, p. 6, spéc. pt 10.

⁸⁵ En ce sens, G. GÜRKAYNAK in *11^{ème} Conférence Demain la concurrence - Panel 4 Développement durable: quel rôle pour le droit et la politique de concurrence?*, 3 nov. 2020, www.concurrences.com.

3. *Le présent: une évolution sans révolution*⁸⁶

Suite à la consultation lancée en 2020 par la commissaire de la concurrence de l'époque, la Commission européenne s'est engagée dans une réforme qui a coïncidé avec l'exigence de réformer les règlements d'exemption qui étaient sur le point d'expirer⁸⁷. Il en résulte une évolution de méthode partielle et fragmentaire en droit des pratiques anticoncurrentielles (3.1). En droit des concentrations, le cadre juridique existant semble malléable pour prendre en compte les objectifs environnementaux (3.2).

3.1. *L'évolution en droit des pratiques anticoncurrentielles*

Sous l'impulsion du Pacte vert, dans le cadre de la réforme du "paquet de modernisation"⁸⁸ lancé par le règlement (CE) n°1/2003 qui a marqué il y a vingt ans une véritable "révolution juridique et culturelle"⁸⁹ et qui fait actuellement l'objet d'une évaluation, la Commission a fait recours à la méthode fonctionnelle, dite "des petits pas", afin d'intégrer de manière effective le développement durable dans le droit de la concurrence. Il en résulte une contribution à géométrie variable, car, en regardant de près, la Commission européenne se concentre essentiellement sur l'intégration du développement durable dans l'analyse concurrentielle des ententes⁹⁰. Le développement durable ne figure ex-

⁸⁶ Expression empruntée à l'ouvrage du Marcello Caetano, professeur de droit public et droit constitutionnel, M. CAETANO, *Evolution sans révolution*, Paris, 1972.

⁸⁷ Elle est également intervenue dans le domaine de l'agriculture. Cf. Comm. eur., 8 déc. 2023, C/2023/1446, Lignes directrices de la Commission sur l'exclusion de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les accords de durabilité des producteurs agricoles en vertu de l'article 210 bis du règlement (UE) n°1308/2013.

⁸⁸ Terme utilisé en raison du "groupe de modernisation" formé en 1997 pour réfléchir aux pistes d'amélioration dans l'application du droit européen de la concurrence.

⁸⁹ C.-D. EHLERMANN, *The Modernization of EC antitrust policy: A legal and cultural revolution*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000, p. 537.

⁹⁰ Sur les accords de durabilité en droit de l'Union, voir, parmi d'autres, L. BETTONI, *Les accords de durabilité ou la promotion du développement durable par le droit des ententes*, in *CCC*, 3, étude 3, Mars 2024, p. 1 et spéc. p. 2; A. GIOE DE STEFANO, *Le*

plicitement ni dans le règlement général d'exemption des restrictions verticales ni dans le règlement relatif aux accords de recherche et de développement ni dans le règlement relatif aux accords de spécialisation, le choix étant de traiter le sujet dans les nouvelles lignes directrices consacrées aux accords de coopération horizontale et aux restrictions verticales.

Tout en indiquant que “les accords de durabilité ne constituent pas une catégorie distincte d'accords de coopération horizontale aux fins de l'application de l'article 101”⁹¹, les nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale consacrent une section entière aux “accords de durabilité” dans sa triple dimension⁹², en distinguant différents types d'accords de durabilité, en fournissant plusieurs exemples utiles⁹³ et en introduisant des nouvelles notions pour procéder à l'analyse concurrentielle. Concernant le caractère anticoncurrentiel d'un accord horizontal de durabilité, la Commission précise désormais que

(l)orsque les parties à un accord prouvent que l'objet principal d'un accord est la poursuite d'un objectif de développement durable et que cela jette un doute raisonnable sur le fait de savoir si l'accord révèle par sa nature même, eu égard à la teneur de ses dispositions, à ses objectifs et au contexte économique et juridique, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être considéré comme une restriction par objet, les effets de l'accord sur la concurrence devront être appréciés⁹⁴.

Autrement dit, si l'objet “principal” d'un accord est la poursuite d'un objectif de développement durable, il faudra nécessairement apprécier les effets anticoncurrentiels pour caractériser l'infraction au titre

développement durable: nouvel instrument d'application du droit de la concurrence?, in *RLC*, 128, 2023, p. 37.

⁹¹ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 17 juill. 2023, C(2023) 4752 final, pt 523.

⁹² Id., pt. 717.

⁹³ La Commission donne également plusieurs exemples d'accords de durabilité qui sont hors champ d'application de l'article 101 du TFUE.

⁹⁴ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *précité*, pt 534.

de l'article 101, § 1 du TFUE⁹⁵. En revanche, si l'accord de durabilité "est utilisé pour dissimuler une restriction de la concurrence par objet, telle que la fixation des prix, la répartition des marchés ou des clients, ou la limitation de la production ou de l'innovation"⁹⁶, la restriction sensible de concurrence sera présumée en raison de l'objet anticoncurrentiel sans que l'appréciation des effets sur le marché soit requise.

La Commission s'intéresse également aux accords de normalisation en matière de durabilité qu'elle définit comme une sous-catégorie des accords de durabilité. Il s'agit d'accords

utilisés pour préciser les exigences que les fabricants, les transformateurs, les distributeurs, les détaillants ou les prestataires de service opérant sur la chaîne d'approvisionnement doivent respecter en ce qui concerne une large gamme d'indicateurs de durabilité, tels que les incidences environnementales de la production⁹⁷.

Sur ce point, la Commission fixe les conditions à remplir pour bénéficier d'une "zone de sécurité informelle", à distinguer d'une exemption catégorielle⁹⁸, et définit la méthode pour apprécier l'accord au regard de l'article 101, § 1 du TFUE en dehors de la zone de sécurité informelle.

Enfin, la Commission européenne marque une évolution dans l'appréciation des conditions requises par l'article 101, § 3 du TFUE pour que l'entente portant atteinte à un ou plusieurs paramètres de concurrence puisse bénéficier de l'exemption individuelle. Premièrement, elle précise la notion de consommateur en affirmant clairement que ce mot englobe tous les clients, directs et indirects, des produits/services couverts par l'accord et pas seulement les consommateurs finaux au sens classique⁹⁹. Deuxièmement, concernant la condition relative à la répercussion de l'entente restrictive de concurrence sur les consommateurs

⁹⁵ La Commission énonce les facteurs à prendre en compte sans que l'énumération de ces facteurs soit exhaustive.

⁹⁶ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *précité*, pt 534.

⁹⁷ *Id.* pt 539.

⁹⁸ L. BETTONI, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁹ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *précité*, pt 569.

(l'exigence de réserver une partie équitable du profit qui en résulte), en présence d'un accord de durabilité, les entreprises peuvent désormais démontrer les bénéfices qui découlent pour les consommateurs à partir des "avantages individuels de la valeur d'usage", des "avantages individuels de la valeur de non-usage"¹⁰⁰ et des "avantages collectifs"¹⁰¹. Ces derniers ont la caractéristique de survenir indépendamment de l'appréciation individuelle du produit par le consommateur et de se répercuter sur une plus grande partie de la société que seulement les consommateurs sur le marché en cause¹⁰². La Commission précise que

lorsque deux marchés sont liés entre eux, les gains d'efficience générés sur des marchés séparés peuvent être pris en considération, sous réserve que la catégorie de consommateurs touchée par la restriction et celle profitant des gains d'efficience soient substantiellement les mêmes¹⁰³.

Ce changement méthodologique¹⁰⁴ est appréciable dans la mesure où, contrairement aux gains d'efficience liés à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou des services concernés, les bénéfices en terme de durabilité environnementale se manifestent au-delà du marché en cause¹⁰⁵. Toutefois, la méthode traditionnelle n'est pas complètement remise en question, car, comme l'a souligné la commissaire à la concurrence de l'époque, "l'effet global d'un accord entre concurrents sur les consommateurs sur le marché en cause doit être au

¹⁰⁰ *Id.*, pt 569. Sur ces notions, voir N. WATSON in OCDE, *Evaluation des bénéfices environnementaux dans les affaires de concurrence*, 4 janv. 2022, DAF/COMP(2021)14. Les Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale donnent plusieurs exemples des avantages individuels de la valeur d'usage et de la valeur de non-usage.

¹⁰¹ *Id.*, pt 571 et ss.

¹⁰² *Id.*, pt 582.

¹⁰³ *Id.*, pt 583.

¹⁰⁴ La mise en balance des effets positifs et négatifs des accords restrictifs se fait habituellement au sein du marché en cause concerné par l'entente.

¹⁰⁵ Concernant la dimension temporelle des avantages environnementaux invoqués, la Commission admet que dans certains cas, il faudra peut-être attendre un certain temps avant que les avantages ne se concrétisent. Sur ce point, la Commission se limite à faire un renvoi aux lignes directrices relatives à l'article 101, paragraphe 3 qui précisent que la valeur des avantages futurs doit être actualisée de manière adéquate (pt 591).

moins neutre”¹⁰⁶. Autrement dit, les consommateurs lésés “doivent recevoir une compensation intégrale de l’atteinte à la concurrence”¹⁰⁷.

D’un point de vue probatoire, si la charge probatoire continue à peser sur l’entreprise qui invoque l’exemption, on peut remarquer l’incitation de la Commission à étayer l’existence d’avantages en termes de durabilité environnementale au moyen de sondages auprès des consommateurs¹⁰⁸ ou en s’appuyant sur des rapports d’autorités publiques ou d’organisations universitaires reconnues¹⁰⁹. Cela est d’autant plus utile que la Commission admet elle-même que compte tenu de l’expérience limitée dans la matière¹¹⁰, elle

a pour projet de fournir davantage d’orientations sur cette question lorsqu’elle aura acquis une expérience suffisante dans le traitement de cas concrets, ce qui pourrait lui permettre de mettre au point des méthodes d’appréciation¹¹¹.

On remarquera enfin que, dans le communiqué de presse dédié aux nouveautés en matière de restrictions horizontales, la Commission a ajouté qu’il est également possible de demander “des orientations informelles”, celles-ci pouvant “compléter le cadre général d’analyse défini dans le nouveau chapitre sur la durabilité”¹¹².

Concernant les ententes verticales, la question de l’intégration des considérations environnementales est encore une fois abordée dans un

¹⁰⁶ Interview à la commissaire en charge de la concurrence in Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2022*, p. 13.

¹⁰⁷ *Id.* La commissaire à la concurrence a justifié la solution retenue en rappelant que “(l)es autorités de concurrence ne sont pas équipées et n’ont pas de mandat politique pour équilibrer les divers objectifs d’intérêt général qui vont au-delà du fonctionnement des marchés concurrentiels”.

¹⁰⁸ Les sondages doivent être menés dans un cadre “adéquat”.

¹⁰⁹ *Id.*, pt 579 et pt 588.

¹¹⁰ En ce sens, l’autorité de concurrence espagnole a souligné récemment qu’“un effort proactif en faveur de la durabilité de la part des autorités de concurrence nécessite une plus grande spécialisation dans ce domaine (compétences professionnelles, méthodologies d’évaluation, etc.)” (traduction libre); OCDE, *Competition in the Circular Economy – Note by Spain*, 25 mai 2023, DAF/COMP/WD(2023)41, p. 4.

¹¹¹ *Id.*, pt 589.

¹¹² Communiqué de presse, 1^{er} juin 2023, IP/23/2990.

instrument de *Soft Law*. Si les nouvelles lignes directrices relatives aux restrictions verticales posent le principe de la prise en compte de l'objectif environnemental lors de l'évaluation concurrentielle de l'accord vertical, elles ne contiennent pas pour autant de sections dédiées aux accords de durabilité, se limitant à traiter des hypothèses spécifiques¹¹³. On peut le regretter, car il aurait été sans doute utile pour les entreprises d'avoir une grille d'analyse plus détaillée¹¹⁴.

3.2. *L'évolution en droit des concentrations*

La Commission européenne n'a pas pour l'instant publié de nouvelles lignes directrices en matière de concentrations qui intègrent explicitement la protection environnementale dans l'analyse concurrentielle des rapprochements d'entreprises. Toutefois, des représentants de la Commission européenne ont souligné très récemment qu'il existe "une tendance claire vers une importance croissante des aspects liés à la durabilité dans les examens des fusions effectués par la Commission"¹¹⁵. Certes, la Commission poursuit une approche fondée sur "une norme de bien-être des consommateurs liée à la concurrence" mais dès lors que l'objectif environnemental est lié au processus concurrentiel, "d'un point de vue juridique, le droit de l'UE ne pose aucun obstacle à l'évaluation des effets "hors prix" des concentrations"¹¹⁶. D'une part, le test légal prévu par le règlement n°139/2004 n'empêche pas la Commission européenne d'examiner tout type particulier d'effet sur la concurrence qu'une concentration peut entraîner. D'autre part, les lignes directrices sur les fusions horizontales indiquent qu'on prend en compte seulement la capacité de l'entité issue de la concentration à augmenter les prix de manière rentable, mais aussi à réduire la production, le choix ou la qualité des biens et services, à diminuer l'innovation ou à influen-

¹¹³ A titre d'exemple, la sélection des revendeurs par la tête d'un réseau de distribution sélective peut désormais avoir lieu sur la base de critères fondés sur des objectifs de durabilité.

¹¹⁴ En ce sens, L. BETTONI, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁵ A. IKEN et al., *Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice in Competition Policy Brief*, 1, 2024, p. 1 et spéc. p. 5.

¹¹⁶ *Id.*

cer négativement les paramètres de concurrence de manière significative¹¹⁷. La “durabilité” est donc un paramètre concurrentiel “hors prix” et les effets environnementaux (qui sont des effets “hors prix”) d’une concentration peuvent être assimilés à une forme spécifique de théorie du préjudice en matière d’innovation¹¹⁸.

En matière de concentrations, l’évolution de l’approche de la Commission semble donc se limiter à une meilleure prise en compte de l’argument environnemental dans la pratique décisionnelle sans remettre en cause les outils juridiques existants. Ainsi, au stade de la définition du marché pertinent, la pratique la plus récente montre que la Commission prend de plus en plus en compte des paramètres de concurrence autres que les prix, tels que la durabilité environnementale, pour définir des marchés distincts. Elle prend aussi en considération ces éléments comme facteur de différenciation lors de l’identification de segments de marché potentiels. À titre d’exemple, dans l’affaire *DEMB/Mondelez/Charger Opco*, la Commission a envisagé une possible segmentation entre le café non conventionnel (biologique, équitable) et le café conventionnel, car certains consommateurs perçoivent le café non conventionnel comme répondant à aux objectifs du développement durable¹¹⁹. Au stade de l’évaluation de l’impact sur la concurrence, la Commission tient compte de la dimension environnementale dans l’évaluation de plusieurs critères. À titre d’illustration, dans l’affaire *Sika/MBCC*¹²⁰, la Commission a retenu l’argument environnemental pour évaluer l’étroitesse de la relation de concurrence entre les parties à la concentration et vis-à-vis de leurs concurrents. Au stade de la prise en compte de gains d’efficacité potentiels d’une concentration, dans l’affaire *Aurubis/Metallo*¹²¹, la Commission s’est intéressée aux gains

¹¹⁷ Lignes directrices sur l’appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE, n°C 031 du 5 févr. 2004 p. 5. Cf. notamment § 8.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ Comm. eur., déc. du 5 mai 2015, aff. M.7292, *DEMB/Mondelez/Charger Opco*, §§ 57-59.

¹²⁰ Comm. eur., déc. du 20 avril 2023, aff. M.10560, *Sika/MBCC*.

¹²¹ Comm. eur., déc. du 1^{er} juillet 2020, aff. M.9409, *Aurubis/Metallo Group Holding*. En l’espèce, la Commission a conclu que les gains d’efficience en matière d’inno-

d'efficience en matière d'innovation verte, dans la mesure où les parties avaient avancé que cette acquisition pourrait procurer des avantages environnementaux grâce aux transferts de technologie au sein de l'entité fusionnée.

Au-delà de cette pratique décisionnelle, la Commission a intégré explicitement l'environnement parmi les paramètres concurrentiels permettant de définir le marché pertinent dans sa nouvelle communication relative à la délimitation du marché pertinent¹²². En outre, face à une augmentation significative de concentrations d'entreprises qui n'ont pas de dimension européenne mais peuvent avoir, actuellement ou potentiellement, un impact significatif sur le marché européen, elle a consacré des nouvelles lignes directrices relatives à l'article 22 du règlement n°139/2004 afin d'appréhender les concentrations prédatrices, dites *Killers Acquisitions*¹²³, y compris celles à vocation écologique¹²⁴. De l'avis de représentants de la Commission européenne, cette approche permet de combler les lacunes en matière d'application du dispositif européen à des acquisitions impliquant un opérateur innovant "vert" ayant un chiffre d'affaires faible ou inexistant qui ne reflète pas son important potentiel concurrentiel¹²⁵.

vation ne pouvaient être considérés comme vérifiables, suffisamment rapides et spécifiques à cette fusion.

¹²² Comm. eur., Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union, C/2024/1645, 22 févr. 2024.

¹²³ C. PICART, *Killer Acquisitions*, in M. CHAGNY, E. COMBE, D. JOUVE (dir.), *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Paris, 2023, p. 508.

¹²⁴ Par exemple, un producteur d'énergie non renouvelable peut décider de faire l'acquisition d'une *start-up* spécialisée dans la fabrication de batteries, et ce, dans le seul but de mettre un coup d'arrêt à cette production et éviter ainsi l'arrivée sur le marché d'une solution viable au problème d'intermittence des énergies renouvelables. Pour d'autres exemples, voir OCDE, *Considérations environnementales dans l'application du droit de la concurrence – Évaluation juridique*, cit., p. 47.

¹²⁵ Comm. eur., Orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires, §§ 19 et ss.

4. Quel avenir?

Depuis le lancement du Pacte vert pour l'Europe, la Commission a fait en sorte que le droit *antitrust* puisse contribuer à la protection de l'environnement. Certes, l'action de la Commission est trop récente pour que les bénéfices s'en fassent pleinement sentir mais les mesures adoptées en matière d'ententes doivent être saluées. Interrogée au sujet des nouvelles lignes directrices, Margrethe Vestager a d'ailleurs affirmé que “ce nouveau chapitre n'est que le point de départ de cette démarche”, le but étant d’“acquérir une expérience pratique de l'évaluation de ces accords au cas par cas” et “de développer assez rapidement (des) orientations sur les coopérations en matière de développement durable au regard du droit de la concurrence”¹²⁶.

Dans les autres domaines du droit *antitrust*, l'évolution est moins évidente. Les abus de positions dominantes “à vocation écologique” feront peut-être l'objet de développements des nouvelles lignes directrices qui devraient être publiées au cours de l'année 2025. Quant aux concentrations, la Commission a estimé jusqu'à présent que le cadre juridique actuel est satisfaisant. Or, les développements figurant dans les numéros du *Competition Policy Brief* ne reflètent pas nécessairement la position officielle de la Commission européenne. En outre, les nouvelles lignes directrices relatives à l'article 22 du règlement n°139/2004 ont été mises à mal, la Cour de justice de l'Union européenne ayant affirmé récemment que

la Commission n'est pas autorisée à encourager ou à accepter le renvoi devant elle de projets de concentration dépourvus de dimension européenne par des autorités nationales de concurrence lorsque celles-ci ne sont pas compétentes pour examiner ces projets en vertu de leur propre législation nationale¹²⁷.

¹²⁶ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2022*, interview à la commissaire en charge de la concurrence, p. 13. En novembre 2024, Teresa Ribera est devenue la nouvelle commissaire chargée de la concurrence.

¹²⁷ CJUE, 3 sept. 2024, *Illumina/Commission*, C-611/22 P et *Grail/Commission et Illumina*, communiqué de presse n°127/24.

Dès lors, en tirant les conséquences de cet arrêt, la Commission européenne a annoncé le 29 novembre 2024 qu'elle retirait les orientations sur l'application du mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement n°139/2004. A la même occasion, elle a toutefois indiqué que ce retrait est sans préjudice de toute initiative future de la Commission concernant les opérations impliquant des petites et moyennes entreprises ou des entreprises de taille intermédiaire qui se situent en deçà des seuils juridictionnels applicables.

Face à cette avancée globalement prudente en droit de l'Union, certains pays pourraient inspirer les futures réflexions de la Commission européenne. Ainsi, les autorités néerlandaise, grecque, britannique ou encore autrichienne prennent en compte des gains d'efficacité hors marché¹²⁸. De même, certains Etats membres ont modifié leurs droits nationaux afin d'analyser certaines concentrations sous seuil¹²⁹ ou ont envisagé des lignes directrices pour accompagner les entreprises dans leur projet concentrationniste en présence d'objectifs environnementaux¹³⁰.

¹²⁸ A titre d'illustration, dans le cadre de l'"exemption pour durabilité" prévue par le législateur autrichien, les consommateurs bénéficient d'une "partie équitable des bénéfices" dès lors que "ces bénéfices contribuent de manière substantielle à une économie durable sur le plan écologique ou neutre sur le plan climatique" (Lignes directrices en matière de développement durable, 2022, spéc. section 5.2.3). Au Royaume-Uni, l'autorité de concurrence – la CMA – applique une méthode spécifique pour les accords portant sur le changement climatique, en prévoyant que la condition de la "partie équitable pour les consommateurs" peut être satisfaite en tenant compte de "l'ensemble des avantages découlant de l'accord pour tous les consommateurs britanniques au lieu de répartir ces avantages entre les consommateurs du marché concerné par l'accord et ceux des autres marchés" (Lignes directrices sur les accords de durabilité, 2023, § 6.4). L'Australie a introduit une procédure de notification préalable permettant d'obtenir une exemption même dans les affaires plus graves. La méthode d'analyse de l'autorité de concurrence australienne est innovante, car elle dépasse le bilan purement concurrentiel (Sur le modèle australien, voir W. CHAIEHLOUJ, *Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement?*, in CCC, 4, avril 2022, p. 1 et spéc. p. 7 et s.).

¹²⁹ Voir, à titre d'exemple, les dispositifs allemand, autrichien et plus récemment italien.

¹³⁰ C'est le cas de l'autorité de concurrence grecque.

Concurrence et protection de l'environnement constituent ainsi “un modèle en construction”¹³¹ dont le résultat dépendra des choix du législateur européen, de la créativité des autorités de concurrence et du rôle joué par la CJUE. Dans le passé, la politique européenne de concurrence a su démontrer sa capacité intrinsèque à réagir rapidement aux changements soudains de l'économie¹³² et l'expérience de certains pays européens qui ont adopté des approches novatrices, en dehors des sentiers battus, pourrait se révéler précieuse.

Toutefois, le droit de la concurrence traverse “une crise identitaire”¹³³ et une réflexion commune entre juristes et économistes de différents horizons s'impose si on veut assurer une intégration effective des objectifs environnementaux sans pour autant dénaturer complètement les fondements du droit de la concurrence. En outre, le climat est un “bien collectif global” et “la seule solution pour y faire face, c'est la coopération entre pays et entre citoyens”¹³⁴. Or, en l'absence d'une approche organisée au niveau mondial, les initiatives éparpillées risquent de “déclencher une concurrence féroce pour les personnes, le pouvoir et les ressources, entravant ainsi la réalisation des objectifs verts mondiaux”¹³⁵.

Malgré les nombreuses difficultés et un avenir incertain du Pacte vert qui pourrait pâtir de la fragilisation politique de l'Union européenne, le changement climatique est une menace existentielle et le droit de la concurrence doit faire partie de la solution et non du problème¹³⁶.

¹³¹ G. CANIVET, *Avant-propos: Concurrence et développement durable – Un modèle en construction*, in G. CANIVET et al., *Sustainability and competition law*, in *Concurrences*, art. n°97257, 4, 2020, p. 26.

¹³² Comm. eur., Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis, 18 nov. 2021 COM(2021) 713 final.

¹³³ Cf. Le forum mondial de l'OCDE sur la concurrence de 2019 a discuté du thème “La concurrence sous le feu des critiques”.

¹³⁴ T. BRECHET, tribune dans le journal *L'Echo*, 14 juill. 2021, consultable sur le site Internet *lecho.be*.

¹³⁵ T. CLISSON, *The race to secure a green future – Legislation, challenges, competition*, 14 août 2023, consultable sur <https://viewpoint.bnpparibas-am.com>.

¹³⁶ Traduction libre de S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 8, 2020, pp. 354-405.

ACTIVISME PRÉSIDENTIEL ET VULNÉRABILITÉ DES TRANSITIONS DÉMOCRATIQUES DANS LES PAYS D'EUROPE CENTRALE ET ORIENTALE

*Geoffroy Herzog**

SOMMARIO: 1. La vulnérabilité de la Constitution face à l'activisme présidentiel. 1.1. Le détournement des pouvoirs constitutionnels des présidents. 1.2. L'instrumentalisation de la fonction tribunicienne des présidents. 2. La vulnérabilité des institutions face à l'activisme présidentiel. 2.1. L'engagement difficile de la responsabilité des présidents. 2.2. La conflictualisations contreproductive des relations institutionnelles.

Résumé

La propension des présidents de la République à l'activisme conduit le plus souvent à ce qu'ils soient envisagés comme une menace pour la démocratie, en particulier dans les États, comme les pays d'Europe centrale et orientale, qui sont en train de réaliser leur transition démocratique. La volonté des présidents de renforcer leur position institutionnelle risque effectivement d'entraver ou d'empêcher la réussite de la transition vers la démocratie. L'observation comparative souligne ainsi que certains présidents, profitant de la vulnérabilité du droit, sont parfois allés trop loin en détournant des pouvoirs formels et en utilisant des moyens informels pour rehausser leur influence. Confrontés à de telles menaces, les régimes démocratiques doivent réagir pour se défendre face aux abus présidentiels. Leur réaction est susceptible de s'appuyer sur des ressorts constitutionnels comme les procédures de destitution ou de passer par un affrontement politique avec le chef de l'État. L'efficacité de ces réponses est toutefois relative.

Abstract

Presidents' propensity for activism often leads to them being seen as a threat to democracy, particularly in states such as those in Central and Eastern Europe, which are in the process of making the transition to democracy. The desire of presidents to strengthen their institutional position may indeed hinder or prevent the successful transition to democracy. Comparative observation shows

* *Maître de conférences à l'Université de Limoges.*

that some presidents, taking advantage of the vulnerability of the law, have sometimes gone too far in misusing formal powers and informal means to enhance their influence. Faced with such threats, democratic regimes must react to defend themselves against presidential abuse. Their response is likely to rely on constitutional mechanisms such as impeachment proceedings, or to involve political confrontation with the head of state. However, the effectiveness of these responses is relative.

Riassunto

La propensione all'attivismo dei Presidenti della Repubblica li porta spesso a essere visti come una minaccia per la democrazia, soprattutto in Stati come quelli dell'Europa centrale e orientale che stanno compiendo la transizione verso la democrazia. Il desiderio dei presidenti di rafforzare la propria posizione istituzionale può infatti ostacolare o impedire il successo della transizione alla democrazia. L'osservazione comparata mostra che alcuni presidenti, approfittando della vulnerabilità della legge, si sono talvolta spinti troppo oltre, abusando dei poteri formali e utilizzando mezzi informali per accrescere la propria influenza. Di fronte a tali minacce, i regimi democratici devono reagire per difendersi dagli abusi presidenziali. È probabile che la loro risposta si affidi a meccanismi costituzionali come le procedure di impeachment o che preveda un confronto politico con il capo di Stato. Tuttavia, l'efficacia di queste risposte è relativa.

Les présidents de la République, en particulier quand ils sont élus par le peuple, sont souvent présentés comme une menace potentielle pour la démocratie, soit parce qu'ils posséderaient des compétences juridiques démesurées, soit parce que le décalage entre leur rôle limité et leur légitimité considérable les inciterait à l'activisme pour augmenter leur influence. Il existe ainsi toute une littérature anglo-saxonne qui souhaite alerter les constituants contre «les périls du présidentielisme» pour la démocratie¹.

La place prégnante accordée au chef de l'État par certains régimes pourrait dès lors constituer un obstacle pour la réussite des transitions

¹ V. par ex. A. LIJPHART, *Constitutional design for divided societies*, in *Journal of Democracy*, 15, 2, 2004, pp. 96-109; J.J. LINZ, *The Perils of Presidentialism*, in *Journal of Democracy*, 1, 1, 1990, pp. 51-69 ou J.J. LINZ, A. STEPAN (dir.), *Problems of Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore-London, 1996, p. 479.

démocratiques car elle semble de nature à favoriser l'activisme présidentiel. Compris strictement, l'activisme présidentiel renvoie à «d'utilisation discrétionnaire de ses pouvoirs formels par le Président»². Envisagé plus largement, il peut aussi inclure la façon dont les présidents s'efforcent «d'influencer la politique par des moyens informels» comme «des appels directs au peuple ou des contacts directs avec des ministres et des chefs de parti, le Parlement et ses groupes politiques»³. Il est ensuite attendu le plus souvent que l'intensité de l'activisme présidentiel affecte le bon fonctionnement des institutions, c'est-à-dire que plus le Président est actif plus les relations intra-exécutives seraient susceptibles d'être conflictuelles.

Le risque que les présidents fassent preuve d'activisme serait renforcé dans les pays d'Europe centrale et orientale. En effet, le juridique y a longtemps été perçu de manière purement instrumentale. Le droit y était l'expression d'un rapport de force au service du pouvoir communiste. Cette vision perdure encore, conduisant à ce que la légitimité politique et électorale bénéficie d'un poids plus important que la norme⁴. Conjugée à la mise en œuvre de la logique de la légitimité directe et personnalisée, voire charismatique, du Président, une telle conception est susceptible de constituer un obstacle supplémentaire pour l'affermissement de la démocratie. Les régimes instaurés comportent dès lors une potentialité plébiscitaire plus marquée que dans d'autres États⁵.

L'observation comparative des régimes parlementaires instaurés en Europe post-communiste souligne en ce sens que les rapports entre les présidents et les premiers ministres ont été marqués par une «coexis-

² «The discretionary use of formal powers by the presidents», P. KÖKER, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Londres, 2017, p. 5. Sauf indication contraire, nous traduisons.

³ «To influence politics through informal channels»; «direct appeals to the public or direct contacts to individual ministers and party leaders, the parliament, and its party groups», T. RAUNIO, T. SEDELIUS, *Semi-Presidential Policy-Making in Europe. Executive Coordination and Political Leadership*, Londres, 2020, p. 35.

⁴ S. MILACIC, *De l'âge idéologique à l'âge politique. L'Europe post-communiste vers la démocratie pluraliste*, Bruxelles, 2010, p. 421.

⁵ *Ibid.*, pp. 411-412.

tence difficile»⁶. Leur relation «a été sujette au conflit à la fois durant la période de transition démocratique et durant les dernières étapes de la consolidation démocratique»⁷. Cela a notamment pour effet que «le rôle du Président est toujours présent dans les discussions relatives aux changements de régime dans les démocraties européennes post-autoritaires»⁸.

Il apparaît en effet qu'il est possible que certaines disparités existent entre le rôle formel et la place qui est occupée réellement par les présidents de la République en Europe centrale et orientale. Les chefs d'État bénéficient principalement, sur le plan constitutionnel, de pouvoirs formels ou de compétences qu'ils partagent avec le Gouvernement. La fonction présidentielle n'a pas été conçue pour être au cœur du jeu politique. Cependant, il arrive, plus ou moins régulièrement selon les pays, que «certaines personnalités politiques importantes dépassent les frontières constitutionnelles qui leur sont attribuées et interfèrent significativement dans le processus politique»⁹. Les présidents peuvent ainsi être tentés de sortir du rôle qui leur est attribué par la Constitution afin de faire valoir leur volonté politique. Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer cette tendance à l'activisme: un décalage entre les pouvoirs, le rôle et la légitimité du Président; un décalage entre le rôle limité du chef de l'État et sa popularité importante; la personnalisation de la vie politique; les circonstances politiques...

⁶ «Uneasy coexistence», O. PROTSYK, *Politics of Intraexecutive Conflict in Semi-presidential Regimes in Eastern Europe*, in *East European Politics and Societies*, 19, 2, 2005, p. 135.

⁷ «Has been prone to conflict both during the democratic transition period and during the later stages of democratic consolidation», *Ibid.*, p. 135.

⁸ «The role of the President is ever-present in the discussions surrounding regime changes in European post-authoritarian democracies», A. MICHAL, M. MALY, P. HREBENAR, «*I will not be a mere wreath layer!*» *Analysis of the presidential refusal to appoint cabinet ministers in the Czech Republic*, in *Acta Politologica*, 15, 3, 2023, p. 48.

⁹ «Certain strong political personalities have overstepped their constitutionally defined boundaries and interfered significantly in the political process», V. HLOUSEK, *Heads of State in Parliamentary Democracies: the Temptation to Accrue Personal Power*, in V. HLOUSEK (dir.), *President above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe. Their Formal Competencies and Informal Power*, Brno, 2013, p. 20.

En quoi cet activisme présidentiel souligne-t-il la vulnérabilité des transitions démocratiques des pays d'Europe centrale et orientale?

L'activisme présidentiel n'est pas, en lui-même, incompatible avec les transitions démocratiques. Un président peut par exemple chercher à rehausser son rôle pour s'imposer comme un contrepoids au bloc majoritaire. Cependant, certains présidents, profitant de la vulnérabilité des constitutions (I), sont parfois allés trop loin en détournant des pouvoirs formels et en utilisant des moyens informels pour renforcer leur influence. Le risque est alors que les présidents s'appuient sur leur mandat populaire pour appliquer leur conception personnelle de l'intérêt du pays en ignorant les règles de l'État de droit et en personnalisant le pouvoir. Dans une telle hypothèse, ils pourraient représenter une menace pour le bon fonctionnement des institutions, voire pour la réussite de la transition démocratique. Cette menace potentielle est d'autant plus importante qu'elle est susceptible d'être aggravée par les moyens limités dont disposent les autres organes de l'État pour se défendre face à l'activisme des présidents (II).

1. La vulnérabilité de la Constitution face à l'activisme présidentiel

Les règles fixées par les constitutions sont vulnérables face à l'activisme présidentiel car les chefs d'État sont susceptibles de détourner les prérogatives qu'ils possèdent (1.1) mais aussi d'instrumentaliser leur fonction tribunicienne (1.2) afin de renforcer leur influence.

1.1. Le détournement des pouvoirs constitutionnels des présidents

L'activisme présidentiel peut d'abord se manifester par le détournement des pouvoirs que les présidents ont en leur possession, c'est-à-dire que le chef de l'État est bien le détenteur légitime de la prérogative mais qu'il en fait une utilisation qui n'était pas prévue par la Constitution pour rehausser son influence. L'activisme dont fait preuve le Président souligne la vulnérabilité du texte constitutionnel dans la mesure où celui-ci peut faire l'objet d'interprétations qui vont favoriser le chef de l'État. Ce dernier peut alors être une menace s'il remet en cause la sé-

paration des pouvoirs en accaparant une fonction qui ne devait pas être la sienne.

Un des domaines où l'activisme présidentiel est susceptible d'apparaître le plus nettement est le processus de formation du Gouvernement. Les présidents n'hésitent pas à s'investir fortement afin de peser de tout leur poids sur la création du Cabinet. L'activisme est, en la matière, particulièrement notable en République Tchèque. La liberté du Président est limitée par l'obligation informelle de consulter les partis politiques représentés au Parlement et de désigner le chef du parti vainqueur des élections législatives comme Premier ministre. Cependant, son pouvoir reste conséquent car le Gouvernement entre en fonction dès qu'il est nommé. Si la confiance est refusée, le Gouvernement continue provisoirement à exercer ses fonctions jusqu'à la nomination d'un nouveau Cabinet¹⁰. Or, rien n'empêche le Président de le garder en poste pour une longue durée. Aucune limite temporelle ne lui est imposée¹¹.

Cette autonomie a conduit l'activisme présidentiel à se développer dans deux directions. Il s'est d'abord manifesté lorsque le Président a été amené à prendre une part active dans les négociations autour de la création du Gouvernement, notamment quand l'assemblée était paralysée par sa fragmentation excessive. V. Klaus est ainsi intervenu fortement en 2006 pour faire pression afin que les partis trouvent un accord, sans proposer lui-même une solution alternative¹². En 2018, M. Zeman joua un rôle central dans la formation d'un gouvernement stable en laissant plusieurs mois à Andrej Babis pour constituer une coalition après que le Parlement lui eut refusé la confiance une première fois. De plus, en 2013, il essaya de revenir sur la tradition politique tchèque en imposant aux partis la nomination d'un gouvernement technique¹³.

¹⁰ Article 68 de la Constitution de la République tchèque.

¹¹ L. KOPECEK, M. BRUNCLIK, *How Strong Is the President in Government Formation? A New Classification and the Czech Case*, in *East European Politics and Societies and Cultures*, 2018, 33, 1, p. 116.

¹² L. KOPECEK, J. MLEJNEK, *Different confessions, same sins? Vaclav Havel and Vaclav Klaus as Czech Presidents*, in V. HLOUSEK (dir.), *President above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe. Their Formal Competencies and Informal Power*, Brno, 2013, pp. 60-61.

¹³ L. KOPECEK, M. BRUNCLIK, *How Strong Is the President in Government Formation? A New Classification and the Czech Case*, cit., pp. 125-126.

Cette autonomie a ensuite permis au Président de s'attribuer un pouvoir de blocage dans la composition du Cabinet. C'est ainsi que le Président Vaclav Klaus (2003-2013) refusa la désignation du ministre de la Santé en 2005, tandis que le Président Milos Zeman (2013-2023) affirma qu'il pouvait refuser de valider la proposition du Premier ministre pour des motifs politiques¹⁴.

Les présidents lituaniens et roumains sont dans une situation similaire. Ils sont d'abord parvenus à s'arroger un pouvoir de veto dans la formation du Gouvernement. C'est ainsi qu'en LITUANIE les présidents se sont fondés sur l'article 92, alinéa 3 de la Constitution, qui prévoit que l'approbation du chef de l'État est nécessaire pour la nomination des ministres, pour s'arroger «le pouvoir discrétionnaire de rejeter un candidat particulier pour des raisons éthiques, pour des raisons de transparence politique ou en raison d'un éventuel conflit entre les intérêts publics et privés du candidat»¹⁵. Ainsi, en 2004, le chef de l'État a rejeté un candidat au poste de ministre de l'Éducation après des révélations indiquant qu'il avait signé des faux documents alors qu'il était haut fonctionnaire¹⁶, tandis qu'en 2012, la Présidente Grybauskaite décida d'exclure le Parti travailliste des négociations sur la formation du Cabinet¹⁷.

En Roumanie, l'ambiguïté de certaines dispositions constitutionnelles laisse au Président une marge de manœuvre pour intervenir dans l'élaboration des coalitions gouvernementales. Il a exercé un pouvoir de blocage en refusant la nomination d'un ou plusieurs ministres, voire du premier. Ainsi, après les élections législatives de 2016, Klaus Iohannis a refusé la nomination de plusieurs candidats au poste de Premier ministre¹⁸.

¹⁴ J. WINTR, M. ANTOS, J. KYSELA, *Direct Election of the President and its Constitutional and Political Consequences*, in *Acta Politologica*, 2016, 8, 2, p. 158.

¹⁵ «The discretion to reject a particular candidate for ethical reasons, on grounds of political transparency or because of a possible conflict between the candidate's public and private interests», V.A. VAICAITIS, *Introduction to Lithuanian Constitutional Law*, Vilnius, 2007, p. 59.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ T. RAUNIO, T. SEDELIUS, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ C. BUCUR, *Romania – The politics of the fourth cohabitation, Presidential Power*, <http://presidential-power.net/?p=5848>, 12 janvier 2017.

Les présidents roumains et lituaniens sont parfois allés plus loin en jouant un rôle déterminant sur la composition du Gouvernement. C'est ainsi que le chef de l'État en Lituanie s'est attribué un pouvoir de nomination du ministre de la Défense¹⁹, tandis qu'en Roumanie, le Président a pu choisir le chef du Gouvernement²⁰.

La politique étrangère et de défense constitue également une matière dans laquelle certains présidents font preuve d'un activisme susceptible d'affecter le bon fonctionnement des institutions. On l'a vu particulièrement en Roumanie. Le chef de l'État a essayé de présidentialiser la représentation de l'État sur la scène internationale. À cet égard, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un conflit juridique de nature constitutionnelle qui opposait le Président Traian Basescu au Gouvernement de Victor Ponta en matière de politique étrangère. Le chef de l'État était de plus en plus actif. La Cour lui a donné raison en affirmant sa compétence pour participer aux réunions du Conseil européen²¹. S'appuyant notamment sur les articles 80 et 102 de la Constitution²², elle considère qu'il s'agit d'une attribution exclusive qu'il peut déléguer expressément au Premier ministre²³. Ces deux articles, conjugués à l'élection présidentielle directe, la conduisent à estimer que le Président représente l'État, ce qui, en matière de politique étrangère, signifierait qu'il conduit et engage le pays, alors que le Premier ministre se contenterait de mettre en œuvre la politique décidée par le chef de l'État²⁴. La solution dégagée ne se limite toutefois pas aux questions relatives à l'Union eu-

¹⁹ D. SLEYS, *Defense Politics and Reshaping of the Lithuanian Semi-Presidential Regime*, Paper presented at the ECPR General Conference, Hamburg, 2018, p. 15.

²⁰ V. ANGHEL, "Why Can't We Be Friends?" *The Coalition Potential of Presidents in Semi-presidential Republics – Insights from Romania*, in *East European Politics and Societies and Cultures*, 32, 1, 2018, pp. 110-111.

²¹ Romanian Constitutional Court, Decision no. 683/2012.

²² L'article 80, alinéa 1^{er} de la Constitution dispose que «le Président de la Roumanie représente l'État roumain et il est le garant de l'indépendance nationale, de l'unité et de l'intégrité territoriale du pays», tandis que l'article 102, alinéa 1^{er} prévoit que «le Gouvernement, conformément à son programme de gouvernement accepté par le Parlement, assure la mise en œuvre de la politique intérieure et extérieure du pays et il exerce la direction générale de l'administration publique».

²³ Romanian Constitutional Court, Decision no. 683/2012.

²⁴ *Ibid.*

ropéenne mais «s'applique, de manière générale, à la fonction de représentation de la Roumanie sur la scène internationale»²⁵, renforçant ainsi assez largement le rôle du chef de l'État. Cela n'est pas sans conséquence sur le fonctionnement du régime parlementaire roumain. La séparation des pouvoirs est remise en cause car cette présidentialisation a pour effet d'affaiblir le rôle du Gouvernement mais aussi de conduire à limiter la fonction de contrôle du Parlement dans la mesure où celle-ci vise principalement le Cabinet plutôt que le chef de l'État.

L'activisme du Président de la République est aussi susceptible d'apparaître lorsque le droit de veto est utilisé. Sa mise en œuvre peut effectivement témoigner d'une volonté présidentielle de peser davantage sur le jeu politique. À cet égard, l'ancien Président de la République Tchèque Vaclav Klaus en a fait une utilisation détournée²⁶. Le droit de veto ne sert plus à défendre les garanties constitutionnelles mais vise à promouvoir les positions idéologiques du chef de l'État, en s'opposant à celles de la majorité parlementaire. C'est ainsi que «les vetos du président Klaus [étaient] clairement fondés sur des arguments idéologiques. Les lois auxquelles il a opposé son veto [...] ne correspondent pas à son agenda thatcheriste et conservateur»²⁷. C'est également le cas de Rudolf Schuster, en Slovaquie. Il utilisa fréquemment son droit de veto à cause de «la cohabitation avec le Gouvernement dont le programme de privatisation et de libéralisation était en conflit avec ses propres convictions politiques»²⁸.

La vulnérabilité des constitutions des régimes parlementaires d'Europe centrale et orientale apparaît donc lorsque les présidents font preuve d'activisme en détournant leurs prérogatives. Cela est susceptible d'affecter les transitions démocratiques dans la mesure où celles-ci

²⁵ G.A. RUSU, *La justice constitutionnelle au renfort de l'institution présidentielle: l'exemple roumain*, in *RDP*, 3, 2015, p. 707.

²⁶ J. KYSELA, Z. KHÜN, *Presidential Elements in Government. The Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2007, pp. 110-111.

²⁷ «The vetoes of President Klaus [were] clearly based on ideological arguments. The laws vetoed by him [...] do not fit the President's Thatcheristic conservative agenda», *ibid.*, p. 110.

²⁸ «The cohabitation with the government whose privatisation and liberalisation programme were in conflict with his own political convictions», P. KÖKER, *Veto et peto: Patterns of Presidential Activism in Central and Eastern Europe*, cit., p. 268.

seront au moins entravées. L'instrumentalisation de leur fonction tribunicienne par les présidents produit des effets similaires.

1.2. *L'instrumentalisation de la fonction tribunicienne des présidents*

Dans les régimes parlementaires européens, les présidents de la République disposent d'une fonction tribunicienne. En se fondant sur leur autorité plutôt que sur leurs pouvoirs, ils se comportent parfois comme la voix du peuple contre les élites politiques. Cela passe notamment par la critique de l'action du Gouvernement²⁹. Les présidents vont alors faire preuve d'activisme en essayant de s'immiscer dans l'exercice de la fonction gouvernementale. Le conflit susceptible de les opposer au Gouvernement, ou au Parlement, tourne alors autour de questions politiques concrètes. Profitant du statut éminent et privilégié qui est conféré par la fonction présidentielle, les présidents utilisent leur position pour

prononcer des avertissements ou des critiques plus ou moins explicites à l'encontre du Gouvernement, du Parlement, d'autres institutions ou de groupes sociaux qui, selon eux, sèment la discorde ou portent atteinte d'une manière ou d'une autre aux intérêts nationaux³⁰.

Cet activisme s'apparente au concept américain du *going public*³¹. L'expression vise la «stratégie par laquelle un Président se promeut lui-même et sa politique [...] en appelant directement [...] le public à le soutenir»³². Le Président va alors saisir l'opinion publique afin d'essayer d'influencer le travail du Gouvernement et de la majorité. La pa-

²⁹ J. GERYK, T. HALAMKA, *Direct Presidential Election in the Czech Republic: The Rise of Tribunes?*, in *Acta Politologica*, 15, 3, 2023, pp. 20-22.

³⁰ «To pronounce more or less explicit warnings or critique of the government, parliament, other institutions or social groups that they believe are acting in divisive ways or are in some way damaging national interests», T. SEDELIUS, *The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers. Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*, these dact., Örebro, Örebro Studies in Political Science, 2006, p. 169.

³¹ S. KERNELL, *The Presidency and the People: The Modern Paradox*, in M. NELSON (dir.), *The Presidency and the Political System*, Washington DC, 1984, pp. 233-263.

³² S. KERNELL, *Going Public: New Strategies of Presidential Leadership*, 4th ed., Washington DC, 2007, pp. 1-2.

role présidentielle, surtout lorsqu'elle est médiatique, constitue à cet égard un des outils majeurs de l'activisme puisqu'elle permet de peser facilement sur l'action gouvernementale³³.

En Lituanie, plusieurs présidents se sont servis de leur position pour critiquer le Gouvernement pour des motifs politiques. C'est ainsi qu'en 1996, le Président Brazauskas «a demandé la démission du Premier ministre Adolfas Šleiševičius et a encouragé un vote de défiance au *Seimas*» à son encontre à la suite de son implication dans un scandale bancaire³⁴. En 1999, un conflit survint avec le Gouvernement de Vagnorius lorsque le Président Adamkus critiqua fortement sa politique économique. S'appuyant sur sa popularité importante, il déclara publiquement ne plus pouvoir exercer ses fonctions tant que le Premier ministre resterait en poste, conduisant ce dernier à la démission³⁵. Il s'opposa également, en 2006, au Gouvernement d'A. Brazauskas, après un scandale impliquant le Parti travailliste, lorsqu'il indiqua ne plus avoir confiance dans deux ministres appartenant à ce mouvement et exigea un remaniement ministériel³⁶.

Il peut également être souligné que, dès le début de la transition démocratique de la Roumanie, un conflit intense survint entre le Président Iliescu et le Premier ministre Roman, à propos de la réforme économique en 1991. Celui-ci s'est terminé par l'orchestration, par le chef de l'État, d'une grève des mineurs dans la capitale afin de renverser le Gouvernement en le poussant à la démission³⁷. Un épisode similaire est

³³ M. JASTRAMKIS, L. PUKELIS, *Routine Presidential Activism by Going Public under Semi-Presidential and Parliamentary Regime*, in *Political Studies Review*, 2023, p. 2.

³⁴ «In the beginning of 1996 Brazauskas asked Prime Minister Adolfas Šleiševičius to resign and encouraged a vote of no confidence in the *Seimas*», A. KRUPAVICIUS, *Lithuania's President: A Formal and Informal Power*, in V. HLOUSEK (dir.), *President above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe. Their Formal Competencies and Informal Power*, Brno, 2013, p. 218.

³⁵ T. RAUNIO, T. SEDELIUS, *op. cit.*, p. 101.

³⁶ *Ibid.*, p. 101.

³⁷ S. GHERGHINA, *Formal and informal powers in a semi-presidential regime: the case of Romania*, in V. HLOUSEK (dir.), *President above Parties? Presidents in Central and Eastern Europe. Their Formal Competencies and Informal Power*, Brno, 2013, p. 268.

intervenir sous la présidence de Constantinescu lorsque celui-ci fit pression sur le Premier ministre Vasile afin qu'il démissionne car son Gouvernement «souffrait de conflits internes et de mauvaises performances économiques»³⁸.

L'exemple de la Bulgarie peut également être mis en avant. Le Président Jeleu (1992-1997) y avait manifesté ouvertement son mécontentement à l'égard du Cabinet. Son comportement critique avait conduit le Gouvernement de Georgi Dimitrov à la démission après un an de conflits intenses avec le chef de l'État. Les reproches formulés par le Président Jeleu à l'égard des réformes gouvernementales se sont doublés d'un scandale politique à propos d'une tentative d'expédition illégale d'armes vers la Macédoine dans lequel le Cabinet aurait été impliqué. Dimitrov nia les accusations et demanda, sans l'obtenir, la confiance au Parlement³⁹.

L'activisme des présidents d'Europe centrale et orientale peut donc passer par une instrumentalisation de leur fonction tribunicienne. Certains cherchent à rehausser leur influence en critiquant l'action du Gouvernement. Cela est toutefois susceptible de générer des conflits institutionnels importants. Si ces conflits n'ont pas empêché la réussite des transitions démocratiques, ils ont malgré tout pu les ralentir. La vulnérabilité des constitutions apparaît ainsi une nouvelle fois puisque des présidents sont parvenus à altérer leur mise en œuvre et à renforcer leur rôle par le seul usage stratégique de leur parole. Les textes constitutionnels ne sont cependant pas les seuls à être vulnérables. C'est également le cas des principaux organes de l'État qui éprouvent des difficultés à se défendre face à l'activisme présidentiel.

2. La vulnérabilité des institutions face à l'activisme présidentiel

Lorsque les présidents font preuve d'activisme, il est difficile de se défendre pour les autres institutions, notamment en raison de la popularité importante dont jouissent les chefs d'État. Les gouvernements et les

³⁸ «Was suffering from internal disputes and poor economic performance», T. RAUNIO, T. SEDELIUS, *op. cit.*, p. 113.

³⁹ T. SEDELIUS, *op. cit.*, p. 142.

parlements sont le plus souvent dans une position de faiblesse. Ils disposent principalement de deux moyens pour réagir. Ils peuvent, dans les hypothèses les plus graves, chercher à obtenir la destitution du Président (2.1). L'autre possibilité consiste à entrer en conflit avec le chef de l'État (2.2). Aucun de ces deux moyens ne paraît cependant pleinement efficace.

2.1. L'engagement difficile de la responsabilité des présidents

Lorsque les présidents font un exercice actif de leurs pouvoirs, les autres organes de l'État cherchent le plus souvent à faire obstacle à leurs actions. Un des moyens dont disposent le Gouvernement et le Parlement pour s'opposer au Président réside dans l'engagement de sa responsabilité afin d'obtenir sa destitution. Il s'agit toutefois d'une mesure peu utilisée en raison de sa gravité et de la lourdeur des procédures fixées dans les constitutions des pays d'Europe centrale et orientale. Si certains États, comme la République tchèque, ont cherché à destituer leur président, seules la Lituanie et la Roumanie sont parvenues à mettre en œuvre la procédure. Seule la procédure de destitution visant le Président lituanien Rolandas Paksas a abouti en 2004.

On peut relever que la responsabilité des présidents possède plusieurs dimensions. Il s'agit d'un domaine particulier du droit constitutionnel qui implique l'existence d'«un labyrinthe de différentes formes de responsabilité, qui sont interconnectées»⁴⁰. La responsabilité présidentielle peut ainsi être pénale, constitutionnelle ou politique. La responsabilité constitutionnelle se caractérise par «des actions des sujets de droit constitutionnel qui sont en conflit avec les règles du droit constitutionnel et qui sont dirigées contre des valeurs protégées par le droit constitutionnel»⁴¹. Elle se distingue de la responsabilité pénale dont

⁴⁰ «A labyrinth of various forms of responsibility, which are interconnected», J. KUDRNA, *Responsibility for Acts of the President of the Czech Republic*, in *Acta Juridica Hungarica*, 56, 1, 2015, p. 39.

⁴¹ «Actions of subjects of constitutional law which are in conflict with the rules of constitutional law and which are directed against values protected by constitutional law», *ibid.*, p. 40.

l'engagement résulte nécessairement d'une infraction et poursuit un objectif punitif⁴². Elle se différencie aussi de la responsabilité politique qui ne vise qu'à s'appliquer aux situations dans lesquelles «la confiance dans une relation établie par la nomination ou l'élection est rompue»⁴³. On peut toutefois relever que la frontière entre les différentes responsabilités présidentielles est poreuse. Elles ne sont ni exclusivement juridiques, ni exclusivement politiques.

Quelle que soit la forme de responsabilité prévue par les constitutions, il s'agit toutefois d'un mécanisme à l'efficacité limitée pour lutter contre l'activisme présidentiel. Elle n'est adaptée que pour s'opposer aux abus les plus graves. La situation de la République Tchèque le souligne. L'engagement de la responsabilité du Président tchèque passe par le dépôt d'une «plainte constitutionnelle» du Sénat devant la Cour constitutionnelle avec l'accord de la Chambre des députés. Cette plainte peut se fonder sur la trahison ou la violation grave de la Constitution ou d'une autre composante de l'ordre constitutionnelle⁴⁴. Il y a eu six tentatives pour déposer une plainte constitutionnelle depuis 1992. La plupart ont visé Milos Zeman⁴⁵.

Toutes ont échoué car le fondement de ces initiatives n'était pas assez grave. En effet, il n'est pas rare que des parlementaires instrumentalisent les mécanismes juridiques de responsabilité dans un objectif politique pour tenter de destituer des présidents de la République en réponse à certaines de leurs initiatives politiques⁴⁶. Cette instrumentalisation est problématique car elle cherche à parvenir «à la déstabilisation

⁴² S. GRABOWSKA, *The Head of State's Constitutional Liability*, in *Polish Political Science Yearbook*, 46, 1, 2017, pp. 163-165.

⁴³ «The confidence in a relationship established by appointment or election is violated», J. KUDRNA, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁴ Article 65 § 2 de la Constitution de la République tchèque du 16 décembre 1992.

⁴⁵ G. VARTAZARAYAN, K. OCHODKOVA, *Czech Presidents In Trouble: How Successful Can The System Be Against Presidential Misbehaviour?*, in *Acta Politologica*, 15, 3, 2023, pp. 75-76.

⁴⁶ S. GRABOWSKA, *Constitutional Responsibility of the President of Slovenia*, in *Studia Politicae Universitatis Silesiensis*, 17, 2016, p. 73.

du chef de l'État de nature soit à le conduire à la démission, soit en toute hypothèse, à le mettre en position de faiblesse»⁴⁷.

L'engagement de la responsabilité du Président de la République avait davantage de sens en Roumanie car il s'agissait de lutter contre des abus de pouvoir du chef de l'État. L'efficacité de la procédure est néanmoins limitée puisqu'elle a été mise en œuvre à trois reprises sans succès. C'est une responsabilité politique devant le peuple qui a été systématiquement recherchée. La destitution se fait par référendum et n'est possible que si le Président «commet des faits graves violant les dispositions de la Constitution»⁴⁸. Il semble donc s'agir d'un mécanisme visant à engager la responsabilité constitutionnelle du chef de l'État plutôt que de l'amener à rendre des comptes sur le plan politique. Cette impression est renforcée par l'obligation de consulter la Cour constitutionnelle avant que le Parlement ne se prononce sur l'opportunité de suspendre le Président de ses fonctions. Cependant, si le juge constitutionnel roumain doit être saisi, il ne fait que rendre un avis consultatif qui n'est pas contraignant pour le Parlement. Ce sont les parlementaires qui décident de l'opportunité du référendum⁴⁹. De plus, la doctrine roumaine a pu relever que ce ne sont pas des considérations strictement juridiques mais bien des motivations politiques qui expliquent la triple mise en œuvre de l'article 95 de la Constitution en 1994, en 2007 et en 2012⁵⁰. La procédure a effectivement été engagée à la suite d'épisodes d'activisme présidentiel particulièrement marqués lors desquels le chef de l'État est sorti nettement du rôle que la Constitution lui octroie.

Cependant, l'efficacité de la procédure reste limitée car aucune tentative n'a permis de révoquer le chef de l'État. En 1994, la Cour constitutionnelle considéra que le Président Ion Iliescu n'avait pas violé gravement la Constitution. Sa décision fut suivie par le Parlement qui refu-

⁴⁷ L. FAVOREU, *De la responsabilité pénale à la responsabilité politique du Président de la République*, in *RFDC*, 1, 49, 2002, p. 19.

⁴⁸ Article 95 de la Constitution de la Roumanie du 8 décembre 1991.

⁴⁹ B. SELEJAN-GUTAN, *The Constitution of Romania. A Contextual Analysis*, Oxford, 2016, p. 121.

⁵⁰ V. PERJU, *The Romanian Double Executive and the 2012 Constitutional Crisis*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13, 2015, p. 260.

sa de poursuivre la procédure⁵¹. Cela n'a pas été le cas en 2007 et en 2012. À chaque fois, la Cour releva que l'attitude du Président n'était pas irréprochable mais «elle jugea que les actions de M. Basescu ne constituaient pas des actes suffisamment graves pour justifier une suspension aux termes de l'article 95»⁵². Le Parlement décida malgré tout de poursuivre le chef de l'État. Cependant, aucune des deux procédures ne permit la destitution du Président. En 2007, la révocation fut rejetée à 74,5%, tandis qu'en 2012 la participation était insuffisante⁵³.

La Lituanie constitue, enfin, le seul exemple de réussite de la lutte contre l'activisme présidentiel par le biais de l'engagement de la responsabilité du chef de l'État. Rolandas Paksas a été démis de ses fonctions, en 2004, pour avoir violé la Constitution et son serment. Toutefois, des considérations politiques étaient mêlées à des éléments plus juridiques. L'article 74 de la Constitution de la Lituanie prévoit trois motifs de destitution du Président de la République: la violation grossière de la Constitution, la trahison du serment ou la commission d'un acte délictueux. La Cour constitutionnelle est la seule entité compétente pour porter une appréciation sur les accusations portées contre le Président sur le plan juridique. Cependant, ce n'est pas elle qui prononce la destitution. Seul le *Seimas* dispose de cette compétence⁵⁴. Le juge constitutionnel possède plutôt un pouvoir de blocage dans la mesure où le Parlement ne peut pas révoquer le Président de ses fonctions si la Cour est d'avis que le chef de l'État a agi dans les limites de son pouvoir et n'a pas violé grossièrement la Constitution⁵⁵.

Dans sa décision du 31 mars 2004, le juge a finalement établi que le chef de l'État était coupable de violations graves de la Constitution, ainsi que de la violation du serment prêté lors de sa nomination, pour avoir octroyé illégalement la citoyenneté lituanienne à Jurij Borisov, un

⁵¹ V.A. DIMULESCU, *Presidential Impeachment in Semi-Presidential System. Case Study: Romania 2007*, in *Europolis*, 4, 1, 2010, p. 119.

⁵² P. TAILLON, J. PROCTOR, *Une institution qui n'a pas tenu ses promesses: le référendum de révocation présidentielle en Roumanie*, in *Romanian Journal of Comparative Law*, 9, 1, 2018, p. 90.

⁵³ B. SELEJAN-GUTAN, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁵⁴ Article 107 § 3 de la Constitution de la Lituanie du 25 octobre 1992.

⁵⁵ Article 240 § 7, Statute of the Seimas of 17 February 1994 No I-399.

homme d'affaire russe proche de lui, en récompense de son soutien, notamment financier, pour avoir sciemment laissé entendre à Jurij Borisov qu'il était l'objet d'une enquête judiciaire et que ses conversations téléphoniques étaient écoutées et, enfin, pour avoir utilisé son statut afin de favoriser les intérêts patrimoniaux de personnes privées proches de lui⁵⁶.

La Cour a en revanche considéré que les déclarations du Président critiquant le *Seimas* et la Cour constitutionnelle qui lui étaient reprochées ne constituent pas une violation de la Constitution. Celle-ci prévoit effectivement que tous les citoyens peuvent critiquer leurs institutions sans être persécutés. C'est un droit qui bénéficie également au chef de l'État. Des critiques ne discréditent pas les institutions même si certains propos sont incorrects⁵⁷.

La destitution de Rolandas Paksas a été prononcée le 6 avril 2004. Cela souligne que l'exercice abusif de ses fonctions par le Président de la République peut conduire à sa destitution. Elle montre aussi que les autres organes de l'État peuvent faire obstacle à l'activisme présidentiel. En effet, «le Parlement a prouvé sa capacité à défier le Président par le biais du mécanisme de destitution», alors que R. Paksas essayait d'accroître son influence et avait un comportement conflictuel avec le Gouvernement et le *Seimas*⁵⁸. Zenonas Norkus relève en ce sens que «les événements ont été déclenchés par la tentative opportuniste des opposants politiques de Paksas de profiter d'une occasion favorable pour l'évincer de la présidence»⁵⁹.

⁵⁶ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case No. 14/04, 31 March 2004, *Conclusion on the compliance of actions of President Rolandas Paksas of the Republic of Lithuania against whom an impeachment case has been instituted with the Constitution of the Republic of Lithuania*, pp. 71-72.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁵⁸ «Parliament has proved its ability to challenge the president through the mechanism of impeachment», A. KRUPAVICIUS, *Semi-presidentialism in Lithuania: origins, development and challenges*, in R. ELGIE, S. MOESTRUP (dir.), *Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*, Manchester, 2008, p. 81.

⁵⁹ «The events were started by the opportunistic attempt of Paksas' political opponents to use the favorable occasion to oust him from the president's office», Z. NORKUS, *Carl Schmitt as a Resource for Democratic Consolidation Studies. The Case of the*

L'engagement de la responsabilité du chef de l'État constitue ainsi un moyen de lutter contre l'activisme présidentiel. Son efficacité est cependant assez relative. C'est également le cas quand le Gouvernement ou le Parlement entrent en conflit avec le Président.

2.2. *La conflictualisations contreproductive des relations institutionnelles*

La destitution du Président de la République est difficile à obtenir. Le Gouvernement et le Parlement peuvent alors chercher à s'opposer différemment à l'activisme présidentiel. Plutôt que de mobiliser une procédure exceptionnelle aux résultats incertains, ils sont aussi susceptibles d'entrer en conflit avec le chef de l'État. Il s'agit cependant d'une hypothèse risquée car elle pourrait conduire à des blocages institutionnels. Plusieurs possibilités sont à leur disposition pour lutter contre le Président.

Les autres organes de l'État peuvent d'abord saisir le juge constitutionnel pour faire obstacle à l'activisme présidentiel. Cette option semble toutefois se limiter aux situations dans lesquelles un conflit relatif à l'exercice des compétences existe. Le Gouvernement ou le Parlement va ainsi saisir le juge afin qu'il livre une interprétation de la loi fondamentale qui lui sera plus favorable. Les juridictions constitutionnelles peuvent dès lors statuer contre les tentatives les plus flagrantes de modifier l'équilibre des pouvoirs en faveur de l'une ou l'autre des parties impliquées dans le conflit. En effet, «si la survenance de conflits inter-organiques est une manifestation normale de la dynamique systémique globale, la résolution pacifique de ces conflits se montre indispensable pour garantir l'équilibre constitutionnel des pouvoirs»⁶⁰. Le recours au juge permet d'apaiser et de stabiliser plus facilement les relations entre les institutions.

Plusieurs constitutions des régimes parlementaires d'Europe centrale et orientale prévoient ainsi que le juge constitutionnel est compétent

President's Impeachment in Lithuania, in *East European Politics and Societies*, 22, 4, 2008, p. 795.

⁶⁰ A. BRAUN, *Le pouvoir régulateur du régime politique. Etude d'une notion de droit constitutionnel institutionnel*, thèse doct., Université de Lorraine, 2019, p. 355.

pour résoudre les conflits de compétences entre les différents pouvoirs de l'État. C'est notamment le cas du Tribunal constitutionnel de la Pologne. Il a été régulièrement saisi lors d'épisodes d'activisme présidentiel. Le Tribunal s'est par exemple prononcé sur le conflit entre Lech Walesa et le *Sejm* quant à la révocation du Président du Conseil national de la radiodiffusion. Des parlementaires l'avaient saisi en remettant en cause la constitutionnalité de l'action du chef de l'État au motif qu'il n'y avait aucune disposition explicite dans une loi lui donnant le droit de révoquer les membres de ce Conseil. Le juge trancha en faveur de l'assemblée. Dans le même sens, saisi de la question de la représentation de la Pologne au Conseil européen, le Tribunal a été conduit à livrer une interprétation des compétences des deux têtes du pouvoir exécutif en la matière et a tranché en faveur du chef du gouvernement. Le juge a précisé la manière dont devait être exercées leurs prérogatives respectives, précisant ainsi le contenu normatif des articles 135 et 146 § 1 de la Constitution qui étaient jusqu'alors trop incertains⁶¹.

On retrouve une situation similaire en Bulgarie à propos des conflits institutionnels ayant impliqué le Président Jeleu. La Cour constitutionnelle fut saisie à plusieurs reprises par les députés pour préciser les limites des pouvoirs présidentiels. Cependant, à la différence du Tribunal constitutionnel polonais, elle ne fit pas véritablement obstacle à l'activisme présidentiel. Afin de manifester son opposition au Gouvernement, le chef de l'État utilisa largement son droit de message à l'opinion pour critiquer l'action du Cabinet et mettre en garde l'opinion publique. Les députés socialistes demandèrent donc à la Cour si le Président pouvait exprimer ses préférences politiques sans violer l'article 92 § 1 de la Constitution d'après lequel il incarne l'unité de la nation. La Cour protégea l'indépendance du chef de l'État en considérant qu'il pouvait exprimer librement ses opinions et en indiquant que l'accusation de violation de la Constitution ne pouvait se faire qu'en suivant la procédure de destitution⁶².

⁶¹ Tribunal, Procedural Decision of 20 May 2009, Ref. No. Kpt 2/08.

⁶² F. FRISON-ROCHE, *Le modèle semi-présidentiel» comme instrument à la transition en Europe post-communiste. Bulgarie, Lituanie, Macédoine, Pologne, Roumanie et Slovénie*, Bruxelles, 2005, pp. 134-135.

Si l'intervention du juge constitutionnel est impossible ou insatisfaisante, le Gouvernement et le Parlement peuvent également essayer de s'opposer politiquement à l'activisme du Président. Le risque est cependant que la controverse prenne «une formulation constitutionnelle [...] et [conduise] à la mise en péril de la Constitution elle-même»⁶³. Les conflits apparaissent alors «comme des moments où l'économie générale d'un régime politique se trouve brusquement au seuil d'une rupture d'équilibre»⁶⁴. Différents enjeux politiques se cristallisent autour du texte constitutionnel sans que celui-ci ne permette ni de trancher les interprétations diverses qui s'affrontent, ni d'apporter une solution claire au litige⁶⁵. Le conflit possède alors une dimension concrète qui refuse de se laisser subsumer sous la règle constitutionnelle. Il est possible que les conflits démarrent en raison du comportement du Président, du Gouvernement ou du Parlement qui profiteraient de l'ambiguïté de certaines dispositions de la Constitution pour faire une utilisation abusive de celles-ci. Cependant, ils vont rapidement se transformer en de véritables crises constitutionnelles relatives à «l'identité du représentant de la volonté populaire»⁶⁶, ou vont s'apparenter à des «conflits de légitimités» notamment dans les régimes politiques où le principe de légitimité démocratique ne s'est pas encore imposé⁶⁷. Cela a par exemple été le cas lors des tentatives de destitution des présidents lituaniens et roumains.

La lutte contre l'activisme présidentiel est alors susceptible de passer par l'instrumentalisation de certaines dispositions de la Constitution, notamment celles relatives à sa révision. L'exemple de la Roumanie peut à nouveau être cité. À la suite des différents conflits ayant opposé le Parlement au Président Basescu, les assemblées essayèrent de modi-

⁶³ D. BARANGER, *Quand et pourquoi peut-on raisonner en terme de conflit constitutionnel?*, in J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, 2010, p. 169.

⁶⁴ J. HUMMEL, *Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude*, in EAD. (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, 2010, Presses Universitaires de Rennes, pp. 9-10.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 20-24.

fier la Constitution afin de mettre un terme à l'activisme du chef de l'État. S'il s'agissait officiellement de modifier les relations entre les institutions pour éviter la répétition des crises générées par la lutte pour le pouvoir entre le Président et le Premier ministre⁶⁸, le projet d'origine parlementaire était surtout construit comme une réponse à l'activisme présidentiel qui visait essentiellement à renforcer le rôle des Chambres au détriment du pouvoir exécutif⁶⁹. Il s'agissait aussi d'une attaque dirigée contre T. Basescu qui venait de présenter lui-même un projet destiné à affaiblir considérablement le Parlement. Aucun des deux projets n'aboutira. Cependant, cette instrumentalisation des dispositions constitutionnelles conduisit à des blocages institutionnels et à la multiplication de pratiques difficilement compatibles avec la démocratie.

Les institutions apparaissent finalement assez vulnérables face à l'activisme présidentiel. Si les moyens dont elles disposent pour s'opposer au Président sont variés, ils semblent toutefois peu efficaces. La conflictualisation de la relation avec le Président peut s'avérer contre-productive dans la mesure où il est possible qu'elle se retourne contre le Gouvernement ou le Parlement, voire soit néfaste pour la démocratie. Dans le même sens, la réussite d'une procédure de destitution paraît hautement improbable. Cette vulnérabilité vis-à-vis de l'activisme des présidents confirme celle des constitutions. La faiblesse des institutions et des textes constitutionnels face aux chefs de l'État peut tout de même être nuancée car, dans les régimes envisagés, elle a généré des crises et des conflits mais n'a pas empêché *in fine* la consolidation de la démocratie.

⁶⁸ P. BLOKKER, *Constitution-Making in Romania: From Reiterative Crises to Constitutional Moment*, in *Romanian Journal of Comparative Law*, 3, 2, 2012, pp. 198-200.

⁶⁹ E.S. TANASESCU, *Conflicting revisions to Romanian Constitution give rise to questions about semi-presidentialism*, in *Romanian Journal of Comparative Law*, 1, 2014, pp. 53-54.

FAIRE LA PAIX AVEC LE VIVANT: UNE PERSPECTIVE JURIDICO-ANTHROPOLOGIQUE DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE

*Alice Brites Osorio**

SOMMARIO: 1. Introduction. 2. L'impact des conflits sur les socio-écosystèmes. 2.1.1. Reconnaissance des Impacts Environnementaux et Ontologiques des Conflits. 2.2. Vers une justice transitionnelle pluraliste. 2.2.1. Rupture des liens entre humains et non-humains en raison du conflit - Revendications d'un droit pluraliste. 2.2.2. L'apport de l'anthropologie juridique dans le règlement des conflits. 3. Les Espaces de Restauration et de Prévention. 3.1. La nécessité de sortir du colonialisme. 3.2. Difficultés de transition juridique. 4. Considérations finales.

Résumé

Les conflits armés entraînent des conséquences environnementales importantes: destruction des lieux, contamination des sols et de l'eau, ou encore déplacements de populations liés à la compétition pour des ressources naturelles. Ces impacts sont vécus différemment selon les groupes sociaux. Dans les cultures non occidentales ayant une relation étroite avec le non-humain, les guerres perturbent non seulement les structures sociales humaines, mais aussi les relations socio-écologiques. Notre analyse explore les implications socio-écologiques de la reconnaissance du vivant non-humain comme victime des conflits, en vue d'une transition vers la paix. À travers des études de cas en Colombie et au Timor Oriental, combinant analyses juridiques et recherches de terrain, nous repensons les notions de réparation et de réconciliation. Les analyses juridico-anthropologiques font la preuve des premiers pas vers une manière de concevoir le droit comme vecteur pour repenser la transition des conflits armés vers la paix à partir du concept de solidarité écologique, vers une notion de justice transitionnelle qui a comme base la réparation du tissu éco-social.

* Docteur en Histoire du droit et des institutions à l'Université de Limoges, spécialisée en anthropologie juridique et gestion des conflits.

Abstract

Armed conflicts have significant environmental consequences: destruction of places, soil and water contamination, and population displacement due to competition for natural resources. These impacts are experienced differently by various social groups. In non-Western cultures with a close relationship to the non-human, wars disrupt not only human social structures but also socio-ecological relations. Our analysis explores the socio-ecological implications of recognizing non-human living beings as victims of conflict to support a transition toward peace. Through case studies in Colombia and East Timor, combining legal analysis and field research, we rethink the notions of reparation and reconciliation. Juridico-anthropological analyses demonstrate the first steps toward conceiving law as a vector for rethinking the transition from armed conflicts to peace based on the concept of ecological solidarity and a notion of transitional justice rooted in the repair of the eco-social fabric.

Riassunto

I conflitti armati comportano importanti conseguenze ambientali: distruzione dei luoghi, contaminazione del suolo e dell'acqua, o anche spostamenti di popolazioni legati alla competizione per le risorse naturali. Questi impatti vengono vissuti in modo diverso a seconda dei gruppi sociali. Nelle culture non occidentali, che hanno un rapporto stretto con il non-umano, le guerre sconvolgono non solo le strutture sociali umane, ma anche le relazioni socio-ecologiche. La nostra analisi esplora le implicazioni socio-ecologiche del riconoscimento degli esseri viventi non umani come vittime dei conflitti, in vista di una transizione verso la pace. Attraverso lo studio di casi in Colombia e a Timor Est, che combinano analisi giuridiche e ricerche sul campo, ripensiamo le nozioni di riparazione e riconciliazione. Le analisi giuridico-anthropologiche dimostrano i primi passi verso un modo di concepire il diritto come strumento per ripensare la transizione dai conflitti armati alla pace, a partire dal concetto di solidarietà ecologica, verso una nozione di giustizia transizionale che abbia come base la riparazione del tessuto eco-sociale.

reparation

1. Introduction

Durant les conflits armés, diverses activités peuvent entraîner des conséquences environnementales, telles que la destruction des lieux, la contamination des sols et de l'eau, entre autres. Certains conflits sont également motivés par la concurrence pour des «ressources naturelles»,

ce qui peut mener des populations à se déplacer. Les effets de la guerre sont vécus de manière différente selon la perspective des groupes sociaux. Pour les cultures non-occidentales ayant un rapport relationnel avec le non-humain, les conflits armés entraînent une répercussion sur la vie humaine, mais aussi sur les liens qu'ils entretiennent avec la biosphère. Autrement dit, la guerre perturbe souvent les structures et les relations sociales, mais aussi les relations socio-écologiques.

Notre communication propose de répondre à la question: comment intégrer les droits endogènes dans la justice transitionnelle¹ pour garantir une réparation éco-sociale complète ? Cette question évoque la nécessité de dépasser des formes «classiques» de penser le règlement des conflits armés, qui souvent imposent des solutions basées sur l'imposition d'une notion de paix qui se traduit par l'établissement de modèles de développement et de «modernisation» des sociétés et d'une notion de réparation qui consiste notamment à la réparation matérielle ou monétaire des victimes. Pour développer notre analyse, nous présenterons une étude des cas de la Colombie et du Timor Oriental combinant l'examen des textes législatifs et réglementaires et un séjour de recherches sur le terrain colombien.

Les études de cas proposées touchent d'autres manières de faire monde propres aux droits endogènes. Elles consistent à repenser les notions de réparation et de réconciliation à partir d'une perspective pluri-verselle (qui reconnaît plusieurs façons de faire monde), reconnaissant l'importance de l'endogénéité juridique pour une résolution des conflits et une réconciliation plus complètes. Cette approche comprend non seulement la réparation des liens entre les humains, mais aussi entre l'humain et le non-humain, en considérant le vivant² comme un ensemble

¹ L'Organisation des Nations Unies définit la justice transitionnelle comme «l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation». Organisation des Nations Unies, *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* (S/2004/616), par. 8.

² Dans une perspective anthropologique, le "vivant" n'est pas uniquement défini par ses caractéristiques biologiques, mais aussi par la manière dont les sociétés lui attribuent

inséparable et interdépendant. Les analyses juridico-anthropologiques font la preuve des premiers pas vers une manière de concevoir le droit comme vecteur pour repenser la transition des conflits armés vers la paix à partir d'une notion de justice transitionnelle qui a comme base la réparation du tissu éco-social.

L'analyse des cas colombien et timorais permet d'établir un panorama des différentes étapes de la gestion des conflits: la transition vers la paix (Colombie) et le post-conflit (Timor Oriental). Elle nous permet aussi d'identifier des zones grises de la gestion des conflits soulignant l'importance de tenir en compte les aspects culturels des systèmes normatifs endogènes dans la gestion du conflit pour garantir les droits des victimes, notamment à une réparation adaptée aux contextes locaux.

Dans cet ordre d'idées, nous aborderons ce sujet à partir d'un regard sur les étapes de la justice transitionnelle et les différentes notions de temporalité, pour ensuite évoquer les espaces de dialogue importants pour la réparation et la prévention des conflits.

2. *L'impact des conflits sur les socio-écosystèmes*

Le 20 mai 2002, le Timor Oriental a officiellement déclaré son indépendance et a été accueilli au sein des Nations Unies (ONU) en tant que nouvel État membre. Cette journée était marquée par une célébration nationale d'envergure, l'autodétermination ayant été chèrement obtenue après de nombreux combats et violences. Elle faisait suite à des siècles de colonialisme portugais suivie d'une occupation militaire brutale et répressive par l'Indonésie qui avait duré 24 ans. Cette longue histoire d'occupation étrangère a façonné la culture et le droit des Timorais de l'Est de manière complexe, posant des défis particuliers à l'État dans les années de transition post-conflit. Ce passé de résistance et de survie a également influencé profondément les croyances et les pratiques culturelles du peuple timorais. Des principes de lien entre le sacré (*lulik*) et l'humain

une signification. Le vivant peut inclure des éléments inanimés qui, dans certaines cultures, sont perçus comme ayant une vie spirituelle ou une intériorité (par exemple, les montagnes sacrées ou les rivières personnifiées ou même tout ce qui compose la biosphère), mais aussi des esprits ou ancêtres.

sous-tendent une cosmologie est-timoraise, quelque chose qui perdure jusqu'à nos jours. «En effet, ces binaires réciproques sont au cœur des croyances contemporaines selon lesquelles l'harmonie universelle dépend de la réciprocité, de l'équilibre et de l'échange»³.

En Colombie, le conflit armé interne avec la guérilla des Forces armées révolutionnaires de Colombie – Armée du peuple (FARC-EP) a perduré pendant plus de cinquante ans, laissant un nombre considérable de victimes et de dégâts à travers le pays. Ce conflit a principalement affecté les zones rurales, où vivent de nombreuses populations paysannes, afro-colombiennes et autochtones. Malgré de multiples tentatives de paix au fil des décennies, ce n'est qu'en 2016 qu'un Accord définitif de paix a été signé entre les FARC et le gouvernement. Cet accord a conduit à la mise en place d'un modèle de justice transitionnelle, reconnaissant les impacts d'un demi-siècle de conflit qui a fait des milliers de victimes. D'après le rapport final de la Commission de Vérité, 450 664 personnes ont perdu la vie entre 1985 et 2018⁴. De plus, les signataires de l'accord reconnaissent les dégâts environnementaux causés par le conflit et la vulnérabilité des populations autochtones et afro-colombiennes, qui constituent une grande partie des victimes⁵. La question de l'usage des terres était au cœur du conflit et des négociations de paix. L'Accord de paix de 2016, a instauré un système de transition vers la paix (le Système intégral pour la paix)⁶, comprenant une composante juridique pour juger les crimes de guerre et déterminer les sanctions, ainsi que d'autres mesures de réparation intégrale et de garanties de non-répétition. Ce système est prévu pour assurer des mesures de justice transitionnelle pour une période de 20 ans⁷.

³ En anglais: «Indeed, reciprocal binaries are central to contemporary beliefs that universal harmony is dependent on reciprocity, balance, and exchange», notre traduction. dans: C. ARTHUR, C. ARTHUR, *Post-conflict Timor-Leste*, in O.P. RICHMOND, G. VISOKA (eds.), *The Palgrave Encyclopedia of Peace and Conflict Studies*, Cham, 2020, p. 1197.

⁴ Instituto Kroc, *Las víctimas al centro: estado de la implementación del Acuerdo Final desde la perspectiva de sus derechos*, Bogotá, 2022, p. 16.

⁵ Gobierno Nacional De Colombia et FARC-Ep, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 2016, p. 205.

⁶ En espagnol: «Sistema Integral para la Paz».

⁷ Colombie, *Loi n°1957 de 2019*, Diario Oficial N°50976 del 06 de junio de 2019, art. 34.

Dans les deux cas présentés, les conflits armés ont entraîné des répercussions profondes et durables sur les écosystèmes et les identités culturelles des communautés affectées. Les dévastations environnementales, la contamination des sols et de l'eau, ainsi que les déplacements forcés de populations sont autant de conséquences directes des guerres. Ces impacts vont au-delà des pertes humaines et matérielles; ils perturbent également les relations entre les humains et les écosystèmes dont ils en font partie, rompant des liens socio-écologiques qui soutiennent les ontologies relationnelles de plusieurs groupes sociaux dans ces deux pays.

Pour mieux comprendre ces dynamiques, nous devons examiner les effets spécifiques des conflits sur les socio-écosystèmes dans différents contextes géographiques et culturels. En analysant les cas de la Colombie et du Timor Oriental, nous pouvons mettre en lumière les similitudes et les complémentarités dans les expériences différentes de justice transitionnelle, analysant la manière dont elles ont cherché à restaurer ces liens socio-écologiques dans la transition des conflits vers la paix.

Pour ce faire, il est important de prendre en compte les impacts environnementaux et ontologiques des conflits (2.1.) afin de garantir une transition vers la paix qui soit inclusive, durable et adaptée. Ces aspects montrent que les conflits armés engendrent des perturbations profondes qui dépassent largement les seules dimensions humaines. Pour traiter les conflits à ce niveau de complexité, il est essentiel de reconnaître la diversité des systèmes normatifs et d'adopter un pluralisme juridique capable d'incorporer les savoirs et perspectives endogènes. Cette approche invite à une décolonisation du droit, visant à dépasser les cadres juridiques traditionnels pour intégrer pleinement les pratiques locales et les rapports socio-écologiques, afin de promouvoir une justice véritablement inclusive et durable (2.2.).

2.1.1. Reconnaissance des Impacts Environnementaux et Ontologiques des Conflits

Les conflits armés sont inextricablement liés aux problématiques environnementales, touchant tant l'accès à la terre que les contaminations des eaux et du sol et les déplacements forcés de populations. Les

exemples du Timor-Oriental et de la Colombie illustrent cette réalité complexe.

Les conflits ont entraîné une destruction significative des écosystèmes dans les deux contextes. Au Timor-Oriental, les activités militaires ont conduit à une déforestation massive et à la dégradation des sols, perturbant gravement les écosystèmes locaux⁸. En Colombie, les conflits armés ont provoqué, entre autres, une déforestation étendue, la pollution des rivières et l'exploitation minière illégale⁹. En 2017, 67% des activistes colombiens assassinés étaient engagés dans des causes environnementales ou défendaient l'accès à la terre et les droits des peuples indigènes¹⁰. Les luttes pour l'accès à la terre et l'inégalité historique de sa distribution ont transformé la dynamique et l'économie du conflit de longue durée, tout comme les différends sur le contrôle et l'exploitation des ressources naturelles, tels que les cultures illicites et l'extraction minière illégale.

A ce titre, l'Organisation des Nations Unies souligne:

[...] les dommages environnementaux causés par un conflit armé entraînent des conséquences à long terme qui peuvent s'avérer irréparables, sans compter qu'ils risquent de nuire à la reconstruction des sociétés et de détruire de vastes étendues de nature sauvage et des écosystèmes¹¹.

Cette reconnaissance implique que la viabilité des écosystèmes et des sociétés dépend des liens de solidarité écologique¹² entre humains et non-

⁸ A. MCWILLIAM, *Houses of Resistance in East Timor: Structuring Sociality in the New Nation*, in *Anthropological Forum*, 15, 1, 2005, p. 28.

⁹ A. BRITES OSORIO, *Repenser la justice transitionnelle à partir du cas colombien: le vivant comme victime des conflits armés*, thèse en Droit, Université de Limoges, 2024, p. 11, <https://theses.hal.science/tel-04573914>.

¹⁰ J. FAJARDO, *La Colombie, le pays le plus dangereux pour les activistes: un assassinat tous les trois jours depuis l'accord de paix de 2016*, sur *Equal Times* [en ligne], publié le 16 Octobre 2018, <https://www.equaltimes.org/la-colombie-pays-le-plus-dangereux>.

¹¹ ORGANISATION DE NATIONS UNIES, *Protection of the environment in relation to armed conflicts: comments and observations received from Governments, international organizations and others* (A/CN.4/749), UN, 2022, p. 7.

¹² O. BARRIERE, *La solidarité écologique, lien de droit d'une interdépendance au vivant*, VertigO, 2022; F. LAFFAILLE, *Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le*

humains. Une telle prise de conscience nécessite de rompre avec le paradigme naturaliste de séparation de «nature et culture»¹³ et d'explorer de nouvelles façons de concevoir le droit, inspirées par les ontologies relationnelles présentes dans les droits endogènes¹⁴.

Les ontologies relationnelles des cultures endogènes, où les relations entre humains et non-humains sont profondément interconnectées, influencent la manière dont les communautés locales vivent et réagissent aux impacts environnementaux des conflits. En mettant en lumière les exemples du Timor Oriental et de la Colombie, nous illustrons comment ces perspectives endogènes façonnent les réponses aux perturbations écologiques et sociales causées par les conflits armés.

Au Timor Oriental, les sites *lulik* sont considérés comme sacrés et doivent être évités lors des activités quotidiennes en raison de leur potentiel «danger» spirituel. Les esprits de la terre, appelés *larek-nain*, peuvent se manifester sous diverses formes, telles que des pythons, des anguilles ou des êtres humains, et sont souvent confondus avec les ancêtres¹⁵. D'après Judith Bovensiepen, la notion du sacré qui se fait présent dans tout le vivant (*lulik*) au Timor Oriental est donc étroitement lié aux notions d'autochtonie dans la mesure où les habitants originels sont censés avoir émergé de la terre puissante. Les origines autochtones de la population sont exprimées dans les récits de différents groupes sociaux, qui relatent les origines des premiers ancêtres qui ont parcouru ces terres afin de trouver un endroit approprié pour s'installer. Dans plusieurs cas, le nom du groupe de maisons construites dans un endroit fait référence au lieu où les ancêtres se sont installés ou ont émergé de la terre, unissant ainsi la terre, la maison et ses membres humains en une seule entité¹⁶.

constitutionnalisme écocentrique de la Cour Suprême de Colombie, in *Revue juridique de l'environnement*, 43, 2018; R. MATHEVET, *La solidarité écologique: ce lien qui nous oblige*, Arles, 2012.

¹³ P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2021.

¹⁴ B. IZQUIERDO, L. VIAENE, *Descolonizar La Justicia Transicional Desde Los Territorios Indígenas*, Por La Paz, 2018.

¹⁵ D. HICKS, *Tetum Ghosts & Kin: Fertility and gender in East Timor*, Waveland, 2004.

¹⁶ J. BOVENSIEPEN, *Opening and Closing the Land: Land and Power in the Idaté Highlands*, in A. MCWILLIAM, E. TRAUBE (ed.), *Life and Land in Timor-Leste: Ethnographic Essays*, Canberra, 2011, p. 50.

Cette relation complexe entre les humains, les ancêtres et la terre renforce l'idée que les habitants sont des extensions de la terre elle-même, soulignant une connexion profonde entre tous les êtres et rapports qui composent le vivant.

En Colombie, la législation et la jurisprudence¹⁷ ont progressivement intégré les ontologies des peuples ethniques, reconnaissant l'importance de ces perspectives dans la lutte contre le changement climatique et la destruction de la biodiversité, mais ainsi comme garantie des droits culturels des peuples ethniques¹⁸. Pour ces communautés, la paix n'est pas seulement un état d'absence de conflit, mais une pratique quotidienne de respect et de rapports avec la vie sous toutes ses formes¹⁹, dans le cadre du rétablissement d'un «réseau vital»²⁰. La notion de solidarité écologique, présente dans les systèmes normatifs endogènes, souligne la nécessité d'une symbiose avec la biosphère, reconnaissant les non-humains comme des partenaires essentiels dans la construction d'une paix durable.

Le fondement du concept de solidarité se situe dans la réconciliation humains/non-humains par une symbiose avec la biosphère dont l'humanité est partie intégrante. La relation au vivant des sociétés humaines dépend du niveau de considération ou de reconnaissance des non-humains (écosystèmes, animaux, végétaux), dans une dimension d'abord anthropologique avant d'être juridique²¹.

Les conflits armés dans ces deux régions ont mis en lumière des divergences profondes quant à la manière de concevoir la réalité, ce que

¹⁷ Par exemple, les décrets-lois 4633 et 4634 de 2011 et les jurisprudences des dossiers 02, 05 et 09 de la Juridiction Spéciale pour la Paix.

¹⁸ Juridiction Speciale Pour La Paix, *Affaire n°09, Auto SRVBIT-XCBM-NNHC-JJCP-ACHP- 01*, 25 juin 2024, p. 22.

¹⁹ ONIC, *Agenda Nacional de Paz de los Pueblos Indígenas de Colombia*, Colombie, 2014, p. 11.

²⁰ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA et ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA [ONIC], *Tiempos de Vida y Muerte: Memorias y Luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Bogotá D.C., Colombie, 2019.

²¹ O. BARRIÈRE, *La solidarité écologique, lien de droit d'une interdépendance au vivant*, in *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 2022.

l'on peut désigner ici par l'expression de «conflits ontologiques»²². Ces divergences se traduisent par un affrontement entre, d'une part, l'ontologie dualiste propre à l'État, qui sépare l'humain du non-humain et perçoit ce dernier comme une ressource à exploiter, et d'autre part, les ontologies relationnelles des peuples endogènes, qui reconnaissent une interdépendance fondamentale entre toutes les formes de vie²³. Ces visions contrastées influencent directement les stratégies de gestion des conflits, car elles impliquent des manières radicalement différentes de répondre aux perturbations écologiques et sociales causées par la guerre²⁴. En conséquence, toute transition vers la paix doit prendre en compte ces perspectives hétérogènes sur le réel pour proposer des solutions véritablement inclusives et durables.

Dans cet ordre d'idées, en Colombie «l'enjeu ontologique»²⁵ dépend de la résolution d'une des racines du conflit armé qui est le «conflit ontologique»²⁶. Le modèle de justice transitionnelle incarné par les structures judiciaires de transition doivent ainsi tenir compte de la solidarité écologique existante dans les droits endogènes pour penser une réconciliation et une réparation qui va au-delà des solutions présentées par «les mêmes catégories qui ont créé e conflit»²⁷. En ce cas, la vision utilitariste du non-humain doit être repensée. La Juridiction spéciale pour la paix en Colombie et l'accord de paix de 2016 réaffirment cette nécessité de rupture avec les catégories qui ont historiquement alimenté le conflit armé. «Cette perspective innovatrice du droit en matière de résolution des conflits armés propose une vision qui est, dans une large mesure,

²² M. DE LA CADENA, *Indigenous Cosmopolitics in the Andes. Conceptual Reflections Beyond 'Politics'*, in *Cultural Anthropology*, 25, 2010.

²³ O.F. GIRALDO, *Conflictos entre mundos*, El Colegio de la Frontera Sur - Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2022, p. 11.

²⁴ O.F. GIRALDO, *op. cit.*

²⁵ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, 1991, 1991; B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, Paris, 2012.

²⁶ A. ESCOBAR, *Territorios de diferencia, Cuadernos de antropología social*, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Ciencias Antropológicas, Sección de Antropología Social, 2015.

²⁷ A. ESCOBAR, *Otro posible es posible: Caminando hacia las transiciones desde Abya Yala/Afro/Latino-América*, Bogotá DC, Colombia, 2018, p. 45.

anthropologique»²⁸, la réparation et la réconciliation devant ainsi inclure la restauration des relations socio-écologiques.

Au Timor Oriental, le droit élaboré dans la période post-conflit reconnaît peu à peu l'inclusion du pluralisme juridique. Comme point de départ fondamental, la Constitution de la République de Timor Oriental, stipule que "l'État reconnaît et valorise les normes et usages coutumiers qui ne sont pas contraires à la Constitution et à la législation traitant spécifiquement du droit coutumier"²⁹. Le pays est en train de mettre en œuvre un plan d'action pour une étude approfondie du droit coutumier et de la justice communautaire/traditionnelle, en vue d'inclure la réforme tant du pouvoir législatif que judiciaire afin d'intégrer les droits endogènes dans les pratiques juridiques de résolution des conflits³⁰.

2.2. *Vers une justice transitionnelle pluraliste*

Cet intitulé aborde la rupture des liens entre humains et non-humains causée par les conflits (2.2.1.) et la nécessité de revendiquer un droit pluraliste qui intègre les perspectives endogènes (2.2.2.). Nous mettrons en lumière l'importance de l'anthropologie juridique dans le règlement des conflits, en montrant comment elle permet de reconnaître et de protéger les systèmes juridiques coutumiers et les identités culturelles des communautés affectées.

2.2.1. *Rupture des liens entre humains et non-humains en raison du conflit - Revendications d'un droit pluraliste*

Les conflits armés ont des impacts profonds et durables sur les relations entre les humains et leur environnement, engendrant une rupture

²⁸ Jurisdicción especial para la paz, *Auto SRVR No. 01 de 2023*, n° 9002794-97.2018.0.00.0001, 1 février 2023.

²⁹ En portugais: «O Estado reconhece e valoriza as normas e os usos costumeiros de Timor-Leste que não contrariam a Constituição e a legislação que trate especialmente do direito costumeiro», notre traduction. Timor-Leste, *Constitution de la République de Timor-Leste*, art. 2, n°4.

³⁰ Timor-Leste, *Relatório ba mandatu ministru reforma lejislativa no asuntos parlamentares*, mai 2020, p. 31.

des liens essentiels entre les communautés humaines et les autres vivants qui composent leur territoire³¹. Ces ruptures ne sont pas seulement matérielles mais également symboliques et culturelles, entraînant des revendications pour un droit pluraliste capable de reconnaître et de protéger ces relations socio-écologiques.

Au Timor Oriental, malgré des siècles de colonisation et de tumultes, la société timoraise a su maintenir une relation étroite et affective avec la terre³². Cette continuité remarquable reflète une capacité de persistance et de résilience face à des bouleversements externes, comme le démontre la préservation des croyances en la protection des esprits ancestraux. A ce sujet, Judith Bovensiepen souligne que la croyance populaire selon laquelle les esprits ancestraux protégeraient les sujets méritants est répandue, et pendant les conflits d'indépendance la population pensait que de nombreux guérilleros Falintil étaient également protégés et cachés des soldats indonésiens dans les montagnes pendant l'occupation³³.

La résilience pour le maintien des traditions et de façons de faire monde est également observée à travers l'exemple timorais de la reconstruction des maisons sacrées (*uma lulik*) après la destruction causée par les milices indonésiennes. Lors du déchaînement destructeur des milices soutenues par l'armée indonésienne au Timor oriental après le scrutin de 1999 (au cours duquel une majorité a voté contre l'autonomie au sein de l'Indonésie), «le pays a été brûlé, pas bombardé»³⁴. Andrew McWilliam observe que cette affirmation est significative car, parmi plusieurs infrastructures et bâtiments gouvernementaux qui ont été incendiés, les milices ont également exprimé leur rage contre bon nombre des *uma lulik* des populations rurales timoraises. Ces structures traditionnelles ont été

³¹ A. ESCOBAR, *Territorios de diferencia, Cuadernos de antropología social*, Universidad de Buenos Aires, 2015; D. RUIZ SERNA, *El territorio como víctima. Ontología política y las leyes de víctimas para comunidades indígenas y negras en Colombia*, in *Revista Colombiana de Antropología*, 53, ICANH, 2017.

³² J.V.C. SARMENTO, *Paisagem e identidade na construção da nação timorense*, Timor Leste, 2007, pp. 210-211.

³³ J. BOVENSIEPEN, *Opening and Closing the Land: Land and Power in the Idaté Highlands, Life and Land in Timor-Leste: Ethnographic Essays*, Canberra, 2011, p. 49.

³⁴ A. MCWILLIAM, *Houses of Resistance in East Timor: Structuring Sociality in the New Nation*, in *Anthropological Forum*, 15, 1, 2005, p. 28.

rapidement réduites en ruines par l'utilisation aveugle du feu³⁵. Ces maisons, bien plus que des structures physiques, incarnent un système normatif endogène et un centre de médiation des relations sociales et spirituelles³⁶. Leur destruction visait à effacer une source symbolique de résistance, et leur reconstruction post-conflit témoigne de l'importance de ces liens pour la cohésion et la résilience communautaires.

En Colombie, les stratégies de guerre ont également visé la rupture des liens relationnels entre les vivants dans les territoires habités par les peuples ethniques. Reconnaisant l'interdépendance des peuples autochtones avec leurs territoires³⁷, les acteurs armés ont systématiquement attaqué les écosystèmes et les structures culturelles pour miner l'autonomie et la résistance de ces communautés. Les FARC-EP, par exemple, ont utilisé des territoires ancestraux pour des positions géostratégiques, imposant leurs propres règles et perturbant les systèmes d'organisation traditionnels³⁸. Cette destruction intentionnelle des liens socio-écologiques a été instrumentalisée pour affaiblir les communautés et les soumettre à des formes de domination externe³⁹.

Les atteintes aux liens entre humains et non-humains dans ces contextes ont été interprétées comme des attaques contre les droits culturels et environnementaux des peuples, contribuant à des «schémas macrocriminels» en Colombie⁴⁰. Les pratiques de dépossession et de destruction des territoires, associées à l'exploitation des ressources naturelles, ont non seulement causé des dommages environnementaux mais aussi perturbé les modes de vie des communautés ethniques, aboutissant à une

³⁵ *Ibid.*

³⁶ S. PANNELL, *From the poetics of place to the politics of space: Redefining cultural landscapes on Damar, Maluku Tengah*, in J. FOX, *The poetic power of place: Comparative perspectives on Austronesian ideas of locality*, Leiden, 1997, p. 165.

³⁷ Jurisdicción especial para la paz, Comisión Étnica, *Auto n°105 de 2022*, 2022, p. 23.

³⁸ Jurisdicción especial para la paz, *Auto SRVR No. 01 de 2023*, n°9002794-97.2018.0.00.0001, 01 février 2023, p. 58.

³⁹ Jurisdicción especial para la paz, Comisión Étnica, *Auto n°105 de 2022*, 2022, p. 23.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 31.

perte partielle de leur identité culturelle⁴¹. Ces actes sont reconnus comme discriminatoires et une atteinte contre les droits à l'autonomie des peuples indigènes de conserver leurs institutions sociales, politiques et juridiques⁴².

A partir des enquêtes de la justice colombienne, il est possible d'identifier que ces actions répondaient à l'intérêt des groupes armés de gouverner le territoire en s'imposant comme seule autorité; mais aussi de développer des économies illégales exploitant les ressources naturelles des territoires ancestraux et collectifs⁴³. Il s'agissait d'une stratégie de réduire le non-humain – compris dans les territoires et dans les droits endogènes comme sujet de droit victime du conflit⁴⁴ et acteur politique⁴⁵ – au statut de ressource naturelle à exploiter⁴⁶, ainsi que de réduire les mondes (le plurivers) composés par une trame d'interactions entre humains et non-humains, à un «monde fait d'un seul monde»⁴⁷ – de monocultures légales (palme, banane, et cetera) ou illégales (de coca) – ou à un terrain de guerre⁴⁸.

Ces exemples montrent que les revendications pour un droit pluraliste émergent de ces contextes de violence et de rupture. Elles appellent à une reconnaissance juridique des droits endogènes et à une décolonisation du droit pour mieux représenter les réalités pluriverselles des sociétés

⁴¹ Jurisdiction Spéciale pour la paix, *Affaire n°09, Auto SRVBIT-XCBM-NNHC-JJCP-ACHP-01*, 25 juin 2024, paragr. 40.

⁴² Convention 169 de 1989 de l'OIT, articles 3, 5, 7, 8, 9 et 10; Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 1, 3, 4, 5, 8, 11, 13, 18, 20, 33 et 34.

⁴³ Jurisdicción especial para la paz, Comisión Étnica, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁴ Colombie, *Decreto ley 4633 de 2011*, 2011, art. 3.

⁴⁵ J.B. SÃO MATEUS, *Notas sobre el desarrollo del concepto de conflicto ambiental ontológico*, in *Revista Catalana De Dret Ambiental*, VIII, 2017.

⁴⁶ A. ESCOBAR, *Territorios de diferencia, Cuadernos de antropología social*, Universidad de Buenos Aires, 2015, p. 27.

⁴⁷ A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre*, Paris, 2018, *passim*.

⁴⁸ Par exemple, dans la municipalité de Calamar (département de Bolívar) en Colombie, des actions de déforestation attribuées aux FARC-EP afin de construire un camp sur le territoire, indiquent la transformation de l'utilisation de l'espace communautaire et des relations avec le vivant en lieu de combats continus entre les Forces armées et la guérilla. Jurisdicción especial para la paz, Comisión Étnica, *Auto No. 105 de 2022*, 2022, p. 53.

affectées par les conflits⁴⁹. Une telle reconnaissance est essentielle pour éviter la revictimisation des communautés par les systèmes juridiques ayant un fort héritage colonial, souvent dominés par des perspectives hégémoniques, patriarcales et discriminatoires.

Ainsi, la rupture des liens entre humains et non-humains due aux conflits armés au Timor Oriental et en Colombie illustre la nécessité d'intégrer des perspectives socio-écologiques et des droits endogènes dans les processus de justice transitionnelle, afin de briser des cycles de violence qui présentent toujours des racines ancrées sur un passé colonial.

2.2.2. *L'apport de l'anthropologie juridique dans le règlement des conflits*

L'anthropologie juridique joue un rôle essentiel dans la compréhension et le règlement des conflits, en particulier dans des contextes où les structures juridiques occidentales ne suffisent pas à saisir la complexité des relations sociales et culturelles locales. Les cas du Timor Oriental et de la Colombie illustrent bien cette dynamique, mettant en lumière la nécessité de reconnaître et d'intégrer les perspectives endogènes dans les processus de justice transitionnelle.

L'autobiographie de Xanana Gusmão, ancien chef de la guérilla et président du Timor Oriental, offre un témoignage poignant de la relation intrinsèque entre les communautés locales et l'écosystème dont elles font partie. Lors de sa visite à Matebian en 1979, Gusmão décrit une scène de désolation où chaque élément du paysage portait les traces de souffrances humaines, créant un parallèle avec les espaces sacrés de la maison *lulik*:

Je reviens vers l'ouest de Matebian, en grimpant dans les collines. Triste silence, désolation. L'herbe étendait sa couverture sur les raccourcis et les sentiers, luttant pour étouffer les choux et les pommes de terre qui étaient les seuls signes de la présence d'une main humaine. Chaque crête, chaque pierre, chaque ruisseau et chaque arbre avait été témoin d'énormes souffrances. [...] On pouvait entendre les voix des morts, ces

⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

mêmes voix qui créaient la sensation de respect ressentie en entrant dans une maison lulik⁵⁰.

Cette vision relationnelle des dégâts causés par la guerre souligne l'importance de considérer l'impact des conflits à partir des ontologies des victimes qui l'ont vécu. Cependant, les premières tentatives de consolidation de la paix par l'ONU au Timor Oriental ont initialement ignoré ces dimensions culturelles et sociales. L'approche «universelle» adoptée par la mission de l'Administration transitoire des Nations unies au Timor oriental (ATNUTO) en 1999 a été critiquée pour son manque de sensibilité aux structures et valeurs autochtones. Le personnel onusien, souvent dépourvu de connaissances sur les langues et les cultures locales, a imposé des concepts occidentaux tels que la démocratie, sans consulter adéquatement les populations locales⁵¹. Cette méconnaissance et insuffisance de considération pour les figures d'autorité traditionnelles ont miné la légitimité des institutions nouvellement établies et ont entravé le processus de consolidation de la paix⁵².

Face à cette situation, le peuple timorais s'est tourné vers ses méthodes traditionnelles de justice et de réconciliation, telles que le *Nahe Biti*, ou «dérouler la natte»⁵³. Cette pratique coutumière, présidée par un ancien du village, permet aux parties en conflit de présenter leurs arguments et de trouver une résolution en accord avec les traditions locales⁵⁴.

⁵⁰ En anglais: «I returned to the west of Matebian, climbing into the hills. Sad silence, desolation. Grass was spreading its cover over short cuts and paths, struggling to smother the cabbages and potatoes which were the only signs a human hand had ever been there. Every ridge, every stone, every brook and tree had witnessed tremendous suffering. [...] We could hear the voices of the dead, those same voices that created the sensation of respect felt when entering a *lulik* house», notre traduction, dans: A. MCWILLIAM, *Houses of Resistance in East Timor: Structuring Sociality in the New Nation*, in *Anthropological Forum*, 15, 1, 2005, p. 27.

⁵¹ C. ARTHUR, *op. cit.*, p. 1199.

⁵² M. MORISON, *Democratisation and Timor Leste after UNTAET: Towards participatory intervention*, *Hatene kona ba Compreender Understanding Mengerti*, 24 (3), 179-184, 2010, p. 180.

⁵³ C. ARTHUR, *op. cit.*, p. 1202.

⁵⁴ R. MAC GINTY, *Hybrid peace: The interaction between top-down and bottom-up peace*, in *Security dialogue*, 41, 4, 2010, p. 404.

Le succès et la légitimité de ces pratiques traditionnelles soulignent l'importance de considérer la dimension culturelle et reconnaître le pluralisme juridique.

En Colombie, l'approche de justice transitionnelle a évolué pour intégrer ces perspectives endogènes dès le début du processus. La Juridiction spéciale pour la paix (JEP) a mis en place un cadre réglementaire qui reconnaît la nécessité d'un dialogue avec les peuples et autorités ethniques. Ce principe de «justice dialogique»⁵⁵ permet d'adapter les mesures de transition vers la paix aux ontologies locales, assurant ainsi que les victimes participent à la co-construction de la paix et se sentent véritablement réparées dans le cadre de leurs cosmologies⁵⁶. Les audiences organisées par la JEP offrent des espaces où les victimes peuvent exprimer leurs besoins et leurs perspectives de justice à partir de leurs ontologies. Le cadre réglementaire qui régit le fonctionnement de cette juridiction exige qu'elle avance dans la reconnaissance matérielle des droits endogènes et dans la construction de cadres juridiques interculturels et de coordination interjuridictionnelle, afin que les institutions autochtones et de transition soient appelées à collaborer de façon «harmonieuse» pour parvenir à une «réparation transformatrice»⁵⁷ des réalités locales⁵⁸. Les sanctions imposées pour les crimes de guerre doivent contribuer à garantir la survie culturelle des peuples autochtones, en respectant leurs traditions. Par exemple, les sanctions peuvent inclure la création de centres culturels, la reforestation et la mise en œuvre d'actions conformes aux projets de vie des communautés⁵⁹.

Ainsi, l'anthropologie juridique se révèle être un outil indispensable pour la justice transitionnelle, permettant d'intégrer les droits et les

⁵⁵ A. BRITES OSORIO, *Repenser la justice transitionnelle à partir du cas colombien: le vivant comme victime des conflits armés*, thèse en Droit, Université de Limoges, 2024, p. 32, <https://theses.hal.science/tel-04573914>.

⁵⁶ JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ, *Manual de Justicia Transicional Restaurativa*, Bogota, 2024, p. 144.

⁵⁷ JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ, Comisión Étnica, *Protocolo 001 de 2019*, 2019, p. 5.

⁵⁸ JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ, *Auto 079 du 12 novembre 2019*, p. 21.

⁵⁹ DEJUSTICIA, *Katsa Su: ecologías de la guerra en la pervivencia del Gran Territorio Awá: Derecho Propio, coordinación interjurisdiccional y violencia estructural*, Bogota, 2022, paragr. 15.

pratiques endogènes dans les processus de réparation et de réconciliation. En reconnaissant et en respectant les systèmes de justice endogènes, les processus de paix peuvent être adaptés de manière à répondre aux besoins spécifiques des communautés locales, assurant ainsi une transition plus durable et légitime vers la paix.

3. Les Espaces de Restauration et de Prévention

Pour envisager une paix durable, il est essentiel de comprendre que les conflits ne se limitent pas à des violences physiques, mais qu'ils engendrent également des ruptures profondes dans les relations entre les humains, leurs territoires et leurs environnements. Ainsi, la reconstruction post-conflit doit inclure des espaces et des mécanismes de réparation qui soient inclusifs et qui respectent les pratiques et les savoirs locaux.

Les processus de justice transitionnelle, qu'il s'agisse du Timor Oriental ou de la Colombie, sont souvent confrontés aux mêmes défis: la nécessité de dépasser des systèmes juridiques hérités du colonialisme (3.1.), souvent inadaptés aux réalités socio-culturelles et écologiques locales (3.2.). Il s'agit de reconnaître l'importance des savoirs ancestraux et des systèmes normatifs endogènes dans la résolution des conflits, tout en intégrant ces perspectives dans les cadres juridiques nationaux.

3.1. La nécessité de sortir du colonialisme

L'héritage du colonialisme, qu'il s'agisse du Timor Oriental ou de la Colombie, continue de façonner les systèmes juridiques et les processus de consolidation de la paix dans ces pays. En effet, la transition vers une paix durable, tout comme l'accès à une justice véritablement inclusive, est souvent entravée par la persistance de cadres juridiques hérités de l'occupation étrangère, inadaptés aux réalités locales.

Au Timor Oriental, cette dichotomie s'est manifestée de manière aiguë lors de la «crise de 2006», la pire période de violence post-conflit que le pays ait connue depuis l'indépendance de l'occupation indonésienne. L'incapacité des institutions étatiques à gérer les tensions locales, en raison de leur éloignement des réalités socioculturelles, a révélé la

nécessité de réintroduire des pratiques traditionnelles comme le *Nahe Biti*⁶⁰. Cette pratique s’est avérée être un outil crucial pour engager les populations locales dans les processus de paix. Elle a depuis été adoptée pour résoudre des conflits plus vastes, démontrant l’importance de la participation locale et de la connaissance du contexte culturel pour la réussite des initiatives de consolidation de la paix⁶¹.

De façon parallèle, en Colombie, le Système intégral pour la paix, et plus spécifiquement la Juridiction spéciale pour la paix (JEP), illustre la nécessité de sortir d’une approche exclusivement coloniale du droit pour répondre aux réalités complexes du pays. L’une des innovations majeures de cette juridiction est la reconnaissance des systèmes normatifs des peuples autochtones et afro-colombiens, ce qui permet de prendre en compte les rapports socio-écologiques et le statut des territoires ethniques en tant qu’entités vivantes et sujets de droit. Depuis 2019, le territoire est officiellement reconnu comme une victime des conflits armés⁶², ce qui confère à la justice transitionnelle une dimension nouvelle, où les non-humains – en tant que composantes essentielles des territoires affectés – bénéficient de droits à la réparation et à la réconciliation.

Dans ces deux contextes, il apparaît clairement que les cadres juridiques conventionnels hérités du colonialisme sont inadaptés à des sociétés où les relations entre les humains et les non-humains jouent un rôle central dans la régulation des conflits et la reconstruction de la paix dans le post-conflit. La reconnaissance juridique du lien d’interdépendance entre humain et non-humain, que ce soit à travers la reconnaissance des droits coutumiers au Timor Oriental ou la notion de «territoire-victime»⁶³ en Colombie, illustre une prise de conscience croissante de la nécessité d’articuler les systèmes de droit exogènes et endogènes.

⁶⁰ C. ARTHUR, *op. cit.*, p. 1202.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, *Auto 079 du 12 novembre 2019*, p. 21.

⁶³ JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Comisión Étnica, *Auto n°105 de 2022*, 2022, p. 18.

3.2. *Difficultés de transition juridique*

La transition du conflit vers la paix est un processus complexe, souvent entravé par des obstacles politiques, sécuritaires et institutionnels. En examinant les expériences de la Colombie et du Timor Oriental, nous observons des défis spécifiques mais également des similarités dans les efforts pour intégrer des perspectives socio-écologiques et endogènes dans les systèmes de justice transitionnelle.

En Colombie, la persistance des groupes armés tels que l'ELN (Armée de Libération Nationale) et les narcotrafiquants pose des défis constants à la sécurité et à la stabilité politique du pays. Ces groupes continuent d'exercer une influence considérable dans certaines régions, rendant difficile la mise en œuvre de l'accord de paix et des initiatives de réconciliation. Les défis liés à la poursuite des responsables de crimes, parallèlement à la résurgence de violences, démontrent que les accords de paix ne marquent pas toujours la fin d'un conflit armé⁶⁴. Cette persistance de la violence a des répercussions sur le processus de justice transitionnelle. En Colombie, bien que les causes structurelles de la violence soient bien identifiées, les négociations de paix et les politiques de transition n'abordent pas toujours en profondeur les mécanismes politiques responsables des inégalités sociales. Cependant, il est impossible de surmonter la crise en s'appuyant sur les mêmes catégories qui l'ont engendrée, telles que le développement, la croissance, la compétitivité ou encore la discrimination⁶⁵. Parmi ces causes structurelles certains schémas se répètent, faisant de la Colombie «l'un des endroits les plus dangereux au monde pour les défenseurs de l'environnement»⁶⁶.

De son côté, le Timor Oriental fait face à des défis distincts dans le renforcement de ses institutions juridiques post-conflit et postindépendance pour garantir l'accès à la justice et le respect des pratiques locales. Le pays s'efforce de développer un cadre juridique adapté à son contexte

⁶⁴ R. DUTHIE, P. SEILS (dir.), *Justice mosaics: How context shapes transitional justice in fractured societies*, International Center for Transitional Justice, 2017, p. 17.

⁶⁵ A. ESCOBAR, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁶ J. FAJARDO, *La Colombie, le pays le plus dangereux pour les activistes: un assassinat tous les trois jours depuis l'accord de paix de 2016*, sur *Equal Times*, publié le 16 octobre 2018.

spécifique, intégrant les pratiques traditionnelles de gestion des terres et des ressources naturelles⁶⁷. Toutefois, cette transition n'est pas sans difficultés. L'augmentation de la population exerce une pression accrue sur les ressources naturelles, et certaines pratiques traditionnelles, telles que l'utilisation du feu pour l'agriculture et la chasse, posent des défis écologiques. Par ailleurs, les discours extérieurs de dégradation environnementale ont souvent ignoré les pratiques communautaires et ancestrales de gestion des ressources, surtout dans les zones montagneuses et sacrées. Il est donc crucial de penser une articulation entre les droits endogènes et exogènes pour répondre efficacement aux problématiques d'accès à la terre et de gestion durable des ressources⁶⁸.

Dans les deux cas, la question de la propriété et l'accès à la terre est un point fondamental à être traité par le droit pour le traitement du conflit et la prévention de nouveaux conflits. Cette question de l'accès à la terre est liée à la notion de conflit ontologique ici évoquée, vu que actuellement, le droit ne répond pas toujours à une nécessité de reconnaître d'autres manières plus relationnelles de faire monde qui intègrent l'humain dans le réseau vital (la biosphère). Dans ce cas, l'anthropologie juridique contribue à sortir, par une voie juridique, d'une vision utilitariste du non-humain, reconnaissant par les rapports d'interdépendance et de solidarité entre les vivants (humains et non-humains) une notion d'identité nationale au Timor Oriental et un statut de sujet collectif de droits et de victime des conflits armés en Colombie.

4. *Considérations finales*

Les études de cas de la Colombie et du Timor Oriental révèlent des dynamiques complexes qui montrent que les processus de justice transitionnelle ne peuvent se limiter à des réparations matérielles ou à une notion universalisée du droit. L'impact des conflits armés s'étend bien au-delà des vies humaines, affectant profondément les écosystèmes et les

⁶⁷ Timor-Leste, *Relatório ba mandatu ministru reforma lejislativa no asuntus parlamentares*, mai 2020, p. 31.

⁶⁸ J.C.V. SARMENTO, *op. cit.*, p. 216.

liens entre les humains et les non-humains. Ces cas démontrent qu'il est essentiel d'adopter une approche pluraliste, intégrant les perspectives endogènes des communautés locales dans les systèmes juridiques afin de répondre de manière adéquate aux besoins de réparation éco-sociale.

L'héritage colonial, qui perdure dans les systèmes juridiques actuels des deux pays ici étudiés, se révèle inadapté pour traiter les réalités des sociétés affectées par les conflits, que ce soit en termes de justice ou de réconciliation. Les exemples de formes traditionnelles de réconciliation au Timor Oriental et de la reconnaissance des territoires ethniques comme sujet de droits en Colombie témoignent de la nécessité d'un pluralisme juridique capable de reconnaître la relation indissociable entre humains et non-humains.

Le fait de reconnaître la pluralité de systèmes juridiques et d'ontologies (ou manières de faire monde) dans les zones affectées par les conflits armés, permet aux communautés de mieux participer aux processus de réparation et de réconciliation. Ce dialogue entre institutions étatiques et locales – ainsi qu'entre l'endogénéité et l'exogénéité juridiques – favorise la route vers une paix qui n'est pas imposée, mais construite ensemble et mieux adapté aux contextes locaux, pour que les victimes puissent se sentir réellement réparées. En ce sens, ces exemples offrent une base précieuse pour repenser la justice transitionnelle dans d'autres contextes de conflits à travers le monde, particulièrement face à l'urgence écologique actuelle. Réintégrer ces dimensions relationnelles dans les processus de réparation est essentiel pour une justice véritablement inclusive, qui respecte les identités culturelles et écologiques des communautés affectées.

PARTE III

VULNERABILITÀ, ISTITUZIONI E DEMOCRAZIA

L'ILLIBÉRALISME: UN RÉVÉLATEUR DE LA VULNÉRABILITÉ DES DÉMOCRATIES LIBÉRALES

*Mathias Revon**

SOMMARIO: 1. La vulnérabilité des droits fondamentaux au sein des démocraties illibérales. 1.1. La primauté de la légitimité démocratique sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. 1.2. L'opposition entre le relativisme démocratique et l'universalisme des droits fondamentaux. 2. La vulnérabilité des contre-pouvoirs au sein des démocraties illibérales. 2.1. La remise en cause de la justice constitutionnelle. 2.2. La remise en cause des limites imposées par l'Union européenne et le droit international.

Résumé

La démocratie illibérale telle qu'elle se développe en Hongrie souligne la vulnérabilité des démocraties occidentales. Pendant la seconde moitié du XX^e siècle, ces dernières se sont reconstruites en encadrant davantage le pouvoir politique, en renforçant et en juridictionnalisant la protection des droits fondamentaux. Cela s'est traduit par le développement de l'État de droit qui impose le respect de limites juridiques à travers, notamment, un contrôle de constitutionnalité des lois.

Les gouvernants se réclamant de l'illibéralisme, comme Viktor Orban, mettent en évidence qu'avec une majorité suffisante au Parlement, l'édifice libéral élaboré depuis la Seconde Guerre mondiale peut être déconstruit, tout en respectant le droit. Dans cette optique, les droits et libertés individuels sont considérés comme un ensemble de valeurs libérales qui peut être modifié si tel est la volonté de la majorité démocratiquement élue. Lorsque les réformes souhaitées ne sont pas conformes à la Constitution, cette dernière sera révisée. Dans la même logique, les contre-pouvoirs comme la Cour constitutionnelle pourront être neutralisés, en modifiant leur composition et les compétences que leur confère la Constitution. Telle est la stratégie retenue par la majorité au pouvoir en Hongrie depuis 2010.

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Limoges.

Abstract

Illiberal democracy as it is developing in Hungary underlines the vulnerability of Western democracies. In the second half of the twentieth century, these democracies rebuilt themselves by placing greater limits on political power, and by strengthening and jurisdictionalizing the protection of fundamental rights. This led to the development of the rule of law, which imposes the respect of legal limits, notably through the control of the constitutionality of laws.

Illiberal leaders such as Viktor Orbán demonstrate that, with a sufficient majority in Parliament, the liberal edifice built up since the Second World War can be deconstructed, while respecting the law. From this point of view, individual rights and freedoms are seen as a set of liberal values that can be modified if the democratically elected majority so wishes. If the desired reforms do not comply with the Constitution, the latter will be revised. By the same approach, checks and balances such as the Constitutional Court can be neutralized, by modifying their composition and the powers conferred on them by the Constitution. This is the strategy adopted by the majority in power in Hungary since 2010.

Riassunto

La democrazia illiberale che si sta sviluppando in Ungheria sottolinea la vulnerabilità delle democrazie occidentali. Nella seconda metà del XX secolo, queste democrazie si sono ricostruite ponendo maggiori limiti al potere politico e rafforzando e giurisdizionalizzando la tutela dei diritti fondamentali. Ciò ha portato allo sviluppo dello Stato di diritto, che impone il rispetto dei limiti legali, in particolare attraverso il controllo della costituzionalità delle leggi. I governi che si dichiarano illiberali, come Viktor Orbán, dimostrano che, con una maggioranza sufficiente in Parlamento, l'edificio liberale costruito dalla Seconda guerra mondiale può essere decostruito, pur rispettando la legge. In questa prospettiva, i diritti e le libertà individuali sono visti come un insieme di valori liberali che possono essere modificati se la maggioranza democraticamente eletta lo desidera. Se le riforme desiderate non sono conformi alla Costituzione, quest'ultima verrà rivista. Con lo stesso approccio, controlli e contrappesi come la Corte Costituzionale possono essere neutralizzati, modificando la loro composizione e i poteri conferiti loro dalla Costituzione. Questa è la strategia adottata dalla maggioranza al potere in Ungheria dal 2010.

Apparu dans les années 1990, le concept de «démocratie illibérale» s'est imposé sur la scène politique, médiatique et dans les débats universitaires ces dernières décennies. Il faut certainement attribuer cette soudaine notoriété aux discours du chef de gouvernement hongrois Vik-

tor Orban¹. L'apparition et le développement de ce modèle illibéral suscitent de vives inquiétudes parmi la communauté scientifique et les défenseurs des droits fondamentaux. Cet illibéralisme met surtout en évidence la vulnérabilité des démocraties libérales contemporaines.

Au préalable, il convient d'apporter des précisions sur l'emploi des termes de «démocratie illibérale», car malgré l'usage de plus en plus fréquent de ce concept, il demeure difficile à saisir juridiquement. En effet, sa définition fait l'objet de critiques² pour savoir si une démocratie peut ne pas être libérale (au sens d'une remise en cause du libéralisme politique)³ tout en restant une démocratie. Pour Anne-Marie Le Pourhiet, il s'agit d'un «oxymore à déconstruire»⁴, car «la démocratie et la liberté politique sont absolument synonymes et que la démocratie exige des préconditions libérales incontournables»⁵. À l'inverse, d'autres auteurs comme Didier Mineur estiment que

le concept de démocratie illibérale défendu par Viktor Orban, et repris par quelques autres dirigeants, ne saurait être écarté d'un revers de main. Il importe de reconnaître qu'il a bien un sens, et que la démocratie peut n'être pas libérale sans cesser d'être⁶.

Cette idée d'un modèle concurrent de la démocratie libérale a été développée par le politologue et journaliste américain Fareed Zakaria à

¹ Voir notamment: R. KRAKOVSKY, *Les démocraties illibérales en Europe centrale, Études*, 2019, 4, pp. 9-22; J. RUPNIK, *Le pouvoir confisqué dans la Hongrie de Viktor Orban*, in *Populismes au pouvoir*, Paris, 2019, pp. 125-140. Voir également pour le cas de la Pologne: V. BEHR, C. PELLEN, *La Pologne des Kaczunski*, in C. JAFFRELOT, E. MASSICARD, *L'Enjeu mondial. Populismes au pouvoir*, Paris, 2019, pp. 63-73.

² P. RRAPI, *Les non-dits de l'expression "démocratie illibérale"*, in *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, 2023, pp. 33-44.

³ P. RAYNAUD, «Libéralisme» dans *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, 2003, pp. 338-344; N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Paris, 1996, p. 128; J. RAWLS, *Libéralisme politique*, 2^e éd., Paris, 2005, p. 450; N. LENOIR, *Libéralisme politique et démocratie*, Levallois-Perret, 2013, p. 158.

⁴ A.-M. LE POURHIET, *Démocratie illibérale: un oxymore à déconstruire*, in *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, 2023, pp. 17-31.

⁵ A.-M. LE POURHIET, *Démocratie illibérale: un oxymore?*, in *Administration*, 2021, 2, 270, p. 43.

⁶ D. MINEUR, *Qu'est-ce que la démocratie illibérale?*, in *Cités*, 2019, 79, p. 117.

qui est attribuée la paternité du concept de démocratie illibérale⁷. Dans un article publié en 1997 dans la revue *Foreign affairs*⁸, il distinguait deux formes de démocratie: d'une part, la démocratie libérale, qu'il définit comme «un système politique marqué non seulement par des élections libres et équitables, mais aussi par l'État de droit, la séparation des pouvoirs, la protection des libertés fondamentales»⁹ et, d'autre part, la démocratie illibérale qui caractérise «des régimes démocratiquement élus qui ignorent couramment les limites que la Constitution assigne à leurs pouvoirs et privent leurs citoyens des droits fondamentaux»¹⁰.

S'agissant tout d'abord des droits fondamentaux, une forte volonté politique s'est manifestée en Europe pendant la seconde moitié du XX^e siècle pour protéger les droits et libertés en imposant des limites juridiques aux gouvernants. Cela s'est manifesté au niveau international par l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme en 1950 et l'ajout de catalogues des droits fondamentaux dans les Constitutions d'après-guerre¹¹. De surcroît, c'est avec leur juridictionnalisation que les droits fondamentaux ont réellement acquis une valeur contraignante que ce soit grâce aux juridictions constitutionnelles ou internationales comme la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour autant, comme le souligne Fareed Zakaria, l'illibéralisme ne se limite pas à la remise en cause de la protection des droits fonamen-

⁷ F. ZAKARIA, *De la démocratie illibérale*, in *Le Débat*, 1998, 99, pp. 17-26; Id., *L'avenir de la liberté: la démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, traduit par D. ROCHE, Paris, 2003, p. 339.

⁸ F. ZAKARIA, *The rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign affairs*, 1997, pp. 22-31.

⁹ F. ZAKARIA, *De la démocratie illibérale*, cit., p. 17.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ La France fait ici figure d'exception, puisque, contrairement à l'Allemagne ou l'Italie, la Constitution de 1958 ne comprend pas de catalogue des droits fondamentaux garantis au niveau constitutionnel. Il faudra attendre la décision du Conseil constitutionnel n°71-44 DC dite «Liberté d'association» du 16 juillet 1971 pour que les droits et libertés contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 acquièrent une valeur constitutionnelle. Sur cette décision, voir notamment: F. LUCHAIRE, *Note sous décision n°71-44 DC*, in *AJJC*, 1991, p. 77; J. RIVERO, *Note sous décision n°71-44 DC*, in *AJDA*, 1971, pp. 537-542; G. BOUDOU, *Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association*, in *RFDC*, 2014, 97, pp. 5-120.

taux. Est également visée la séparation des pouvoirs qui permet, en principe, de limiter le pouvoir exercé par les gouvernants, en empêchant qu'il soit concentré entre les mêmes mains. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 dispose à cet égard que «Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Or, le problème que pose l'illibéralisme est que la remise en cause de la protection des droits et la séparation des pouvoirs est effectuée en instrumentalisant la Constitution.

Plus qu'un nouveau modèle achevé, ce phénomène nous semble davantage relever de la transition qui se caractérise par une déconstruction progressive des acquis du libéralisme politique. En ce sens, l'illibéralisme met en évidence les vulnérabilités de la démocratie libérale, pourtant si bien ancrée et répandue à travers le monde. Ainsi, contrairement à «la fin de l'histoire» que prédisait Francis Fukuyama après la chute du bloc soviétique¹² et à l'apparente hégémonie de la démocratie libérale, celle-ci semble en réalité être un modèle vulnérable. Le terme vulnérable est ici employé dans son sens commun qui vise dans le domaine médical l'état d'un corps (physique ou psychique) «qui peut être blessé»¹³.

L'objet de cette contribution est de mettre en évidence, en nous appuyant sur l'exemple hongrois, que l'illibéralisme peut être appréhendé comme un révélateur de la vulnérabilité des démocraties libérales contemporaines. Cela se manifeste, d'une part, par la remise en cause de la protection des droits fondamentaux, à laquelle les gouvernants illibéraux opposent leur légitimité démocratique (1) et, d'autre part, par l'affaiblissement des contre-pouvoirs qui pourraient leur faire obstacle (2).

¹² F. FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, 2018, p. 643.

¹³ Le terme a par la suite été étendu à de nombreux domaines (informatique, zoologie, comptabilité, droit). M. LIENDLE, «Vulnérabilité» dans *Les concepts en sciences infirmières*, 2^e éd., Paris, Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2012, p. 328.

1. La vulnérabilité des droits fondamentaux au sein des démocraties illibérales

Que ce soit au niveau constitutionnel ou international, la protection des droits fondamentaux est devenue un élément essentiel de nos démocraties contemporaines. Toutefois, le contrôle exercé par les juridictions qui en ont la charge demeure vivement critiqué pour son caractère antidémocratique. Cela engendre des tensions entre les représentants démocratiquement élus qui exercent le pouvoir et les juges qui le limitent pour assurer la protection des droits fondamentaux, mais n'ont pas été élus pour le faire.

Les gouvernants illibéraux exacerbent ces tensions, en revendiquant la légitimité démocratique comme argument pour imposer leurs décisions politiques, même si cela va à l'encontre des droits et libertés garantis par la Constitution et les traités internationaux (1.1). Ils insistent notamment sur le fait que la démocratie repose sur un relativisme des valeurs qu'il appartient à la majorité de définir. En ce sens, ils s'opposent à l'idée d'un universalisme des droits et libertés «inaliénables et sacrés» (1.2).

1.1. La primauté de la légitimité démocratique sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux

La montée en puissance de la protection des droits fondamentaux reposant sur une volonté politique commune d'après-guerre semble avoir atteint son point culminant. En effet, ces dernières années, un retour de balancier qu'incarnent les démocraties illibérales semble s'opérer, pour réaffirmer la primauté des décisions politiques prises démocratiquement.

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution et le droit international sont perçus et présentés par les gouvernants illibéraux comme un carcan et «des obstacles potentiels à la volonté de la majorité et aux aspirations nationales»¹⁴. Pour s'en émanciper, ils revendiquent

¹⁴ A. MOINE, *Les atteintes populistes aux droits fondamentaux et aux libertés publiques*, in *Civitas Europa*, 2021, 2, 47, p. 87.

la légitimité que leur confère l'élection et la souveraineté du peuple qui est au fondement de la démocratie¹⁵. Ils s'appuient notamment sur le sentiment des électeurs d'être dépossédés du droit de décider, en promettant de leur redonner la parole. Ils cultivent ainsi une proximité avec leurs électeurs, dans l'objectif de régénérer le lien entre représentants et représentés.

Cette légitimité démocratique des représentants est opposée à celle des juges qui, n'étant pas élus, sont considérés comme illégitimes¹⁶. Est ainsi ravivé un débat ancien qui remonte au début du XIX^e siècle avec l'arrêt de la Cour suprême américaine de 1803, *Marbury v. Madison*¹⁷. Il s'agit du «gouvernement des juges»¹⁸. Cette critique récurrente vise l'activisme dont ils feraient preuve, en usant de leur pouvoir d'interprétation pour outrepasser leurs prérogatives. Ils ne seraient donc plus les simples interprètes de la loi, mais en deviendraient les auteurs.

¹⁵ T. CHOPIN, «*Démocratie illibérale*» ou «*autoritarisme majoritaire*»? Contribution à l'analyse des populismes en Europe, *Notre Europe - Institut Jacques Delors*, 2019, n°235, p. 2.

¹⁶ L. FAVOREU, *La légitimité de la justice constitutionnelle*, RIDC, 1994, 46, 2, pp. 557-581; J. PADOVANI, *Légitimité du contrôle de constitutionnalité centré sur les droits et libertés*, in *Les Cahiers Portalis*, 2020, 7, pp. 63-90.

¹⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S 137, 174. Sur l'arrêt *Marbury*, voir notamment: M. GRABER, M. PERHAC, *Marbury Versus Madison: Documents and Commentary*, Washington DC, 2008, p. 264; R. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence, 1989, p. 344; L. GOLDSTONE, *The Activist: John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York, 2008, p. 304; M. PAULSEN, *The Irrepressible Myth of Marbury*, in *Michigan Law Review*, 2003, 101, 8, pp. 2706-2743; I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis: étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, 2017, pp. 63-136.

¹⁸ Voir notamment: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale*, Paris, 2005, p. 276; S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, 2001, p. 373; F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges*, in J. BOUGRAB, D. MAUS (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, 2005, pp. 361-372; D. DE BECHILLON, *Le gouvernement des juges: une question à dissoudre*, in *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 973-978; L. PECH, *Le remède au gouvernement des juges: le judicial self restraint?*, in *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, 2001, pp. 63-113.

Face à ce qui est considéré comme un dévoiement des démocraties libérales, les gouvernements se réclamant de l'illibéralisme défendent une démocratie plus «authentique». Ils prétendent donner libre cours à la volonté populaire pour s'affranchir des entraves qu'impose la protection juridictionnelle des droits fondamentaux¹⁹. Cela se concrétise notamment par l'organisation de référendums qui apparaissent comme l'expression la plus directe de la souveraineté du peuple. Ce type de procédure a pu être instrumentalisé pour limiter, voire porter atteinte à des droits fondamentaux.

À titre d'exemple, en Hongrie, un référendum a été organisé le 2 octobre 2016 à l'initiative du Premier ministre Viktor Orban sur le sujet de l'immigration qui est une thématique récurrente dans sa politique nationaliste. Pendant la crise migratoire qui a touché l'Europe en 2015, l'Union européenne avait souhaité répartir le flux de migrants, en instaurant des quotas en fonction de la capacité d'accueil des États membres.

Fermement opposé à ce que des migrants soient relocalisés en Hongrie, le Gouvernement hongrois a mené une campagne référendaire particulièrement virulente, attisant les peurs de la population avec des slogans tels que: «Savez-vous que l'attentat de Paris a été commis par des immigrés?»²⁰, ou «Savez-vous que l'année dernière, 1,5 million de migrants illégaux sont arrivés en Europe»²¹ et «que depuis la crise des migrants, 300 personnes sont mortes dans des attentats terroristes?»²². Au terme de cette campagne, 98,36% des votants ont rejeté les quotas de l'Union européenne²³.

Cependant, ce scrutin n'a pas produit d'effets, car le quorum de participation prévu par la Constitution hongroise n'a pas été atteint. En effet, l'article 8§4 de cette Constitution dispose «[qu'un] référendum national est valable si plus de la moitié de tous les électeurs ont vala-

¹⁹ D. MINEUR, *Qu'est-ce que la démocratie illibérale?*, cit., p. 106.

²⁰ Voir: P. GUSTIN, *Le référendum hongrois du 2 octobre sur les réfugiés est-il un nouveau coup porté à l'Europe?*, in *Huffigtonpost*, 01 octobre 2016.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ Résultats accessibles en ligne: <https://static.valasztas.hu>.

blement voté»²⁴. Malgré cela, la réponse quasi unanime des votants a permis de légitimer la politique du Gouvernement hongrois, même si elle apparaît contraire à de nombreux égards au droit international des droits de l'homme et au droit d'asile en particulier.

Sur une autre thématique récurrente de la politique conservatrice du Gouvernement hongrois, un ensemble de mesures discriminatoires a été mis en place à l'encontre des minorités LGBTQ. En effet, une loi visant à prohiber la «promotion» de l'homosexualité et de la transidentité auprès des mineurs a été adoptée par le Parlement en 2021. Cette loi interdisait la promotion et la représentation de l'homosexualité et du changement de genre dans les médias dans le but de «protéger les droits des enfants». Cela visait notamment les programmes scolaires.

La loi est entrée en vigueur malgré une forte opposition de l'Union européenne. Pour appuyer cette politique très controversée, un référendum a été organisé le 3 avril 2022. Quatre questions à la formulation pour le moins orientée ont été posées à l'occasion de ce scrutin:

Approuvez-vous l'enseignement de l'orientation sexuelle aux enfants mineurs dans les institutions scolaires sans le consentement parental? Approuvez-vous la promotion des traitements de changement de sexe pour les mineurs? Approuvez-vous la présentation sans restriction aux mineurs de contenu médiatique à caractère sexuel qui pourrait affecter leur développement? Approuvez-vous la présentation aux mineurs de contenu médiatique portant sur le changement de sexe?

Le «non» l'a emporté très largement pour les quatre questions posées à des majorités allant de 92% à 95% des votants. Néanmoins, comme en 2016, le *quorum* de participation n'a pas été atteint pour que ces scrutins produisent des effets contraignants²⁵. Pour autant, en s'appuyant sur la volonté du peuple, le Gouvernement a une fois de plus légitimité sa politique discriminatoire.

Pour autant, la stratégie employée n'est pas un rejet catégorique de la protection des droits fondamentaux. En effet, les gouvernants illibéraux considèrent qu'en démocratie les droits fondamentaux n'ont pas de

²⁴ La version traduite en français est disponible sur le site internet: <http://mjp.univ-perp.fr>.

²⁵ Résultats accessibles en ligne: <https://vtr.valasztas.hu>.

dimension universelle et un contenu prédéterminé. Ils constituent un ensemble de valeurs qu'il appartient à la majorité de définir démocratiquement.

1.2. L'opposition entre le relativisme démocratique et l'universalisme des droits fondamentaux

La démocratie illibérale a comme trait caractéristique une forte propension au nationalisme. Partant, l'universalisme des droits fondamentaux défendu notamment dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 apparaît comme un obstacle à un programme politique nationaliste²⁶.

La force à la fois rhétorique et juridique des tenants de la démocratie illibérale est de défendre une conception formelle de la démocratie et de l'État de droit. En ce sens, ils considèrent que si les procédures sont respectées et que le peuple y est favorable, toute norme peut être modifiée. Autrement dit, en démocratie, il ne saurait y avoir de limites substantielles qui ne puissent être levées en recourant aux procédures adéquates, quand bien même il s'agirait des droits fondamentaux. Dans cette optique, l'État de droit qui est directement lié à la protection renforcée des droits fondamentaux se retourne contre elle. En effet, pris dans un sens formel, l'État de droit implique que le droit prime sur la volonté des gouvernants. Partant, ces derniers estiment que s'ils respectent les procédures législatives et constitutionnelles, ils peuvent introduire d'autres valeurs que les droits et libertés individuels.

En ce sens, dans son ouvrage *La démocratie: sa nature, sa valeur*, Hans Kelsen considérerait que

l'idée démocratique suppose une philosophie relativiste. La démocratie estime la volonté politique de tous égale, de même qu'elle respecte également toutes les croyances, toutes les opinions politiques, dont la volonté politique est simplement l'expression²⁷.

²⁶ A. MOINE, *Les atteintes populistes aux droits fondamentaux et aux libertés publiques*, cit., p. 87.

²⁷ H. KELSEN, *La démocratie: sa nature, sa valeur*, Paris, 2004, p. 92.

En somme, il n'existe pas de valeurs intrinsèques à la démocratie. Elles peuvent évoluer dans un sens plus conservateur, en fonction de la majorité au pouvoir²⁸.

À cet égard, dans son discours politique de Bálványos prononcé le 28 juillet 2018, Viktor Orban opposait aux droits individuels des valeurs traditionnelles et conservatrices. Il considérait notamment que:

chaque pays d'Europe a le droit de protéger sa culture chrétienne, il a le droit de rejeter l'idéologie du multiculturalisme. Chaque pays a le droit de protéger le modèle traditionnel de la famille, il a le droit d'affirmer que tout enfant a droit à un père et à une mère²⁹.

Ainsi, l'approche illibérale conduit à considérer que la protection des droits fondamentaux de l'individu n'est pas une fin en soi, un objectif ou une substance inhérente à la démocratie.

À cela s'ajoute une conception unitaire du peuple. En effet, comme l'analyse Pierre-Alain Collot,

Viktor Orban et l'alliance au pouvoir ont pour dessein de promouvoir une forme de démocratie reposant sur une communauté homogène, par-delà une conception libérale pluraliste, pour faire de celle-ci le socle de l'unité politique³⁰.

Pour mener à bien leur politique, les gouvernants illibéraux doivent disposer d'une majorité suffisante au Parlement. Lors des précédentes élections législatives en Hongrie, la coalition politique de Viktor Orban,

²⁸ À cet égard, Michel Troper rappelle qu'une critique traditionnellement faite à la démocratie est «que le peuple peut se tromper. Et, il faut le reconnaître, le système démocratique ne garantit pas de bonnes lois. Mais, qu'est-ce qu'une bonne loi? La théorie démocratique repose justement sur cette idée qu'il n'existe aucune valeur absolue». M. TROPER, *Présentation*, in *La démocratie: sa nature, sa valeur*, Paris, 2004, p. 10.

²⁹ Discours de Bálványos du 28 juillet 2018, accès en ligne: <https://visegradpost.com>. D. MINEUR, *Qu'est-ce que la démocratie illibérale?*, cit., p. 113.

³⁰ P.-A. COLLOT, *L'illibéralisme hongrois comme conséquence d'une démocratie défectueuse*, in *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, 2023, p. 394.

FIDESZ³¹-KDNP³², a obtenu et conservé une majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale³³. Ce faisant, Viktor Orban détient les moyens politiques et juridiques pour mener à bien ses réformes illibérales, que ce soit par la voie législative ou des révisions de la Constitution.

En somme, contrairement à des dictatures qui emploient la force et la répression, les gouvernants illibéraux utilisent le droit pour déconstruire les acquis du libéralisme et les limites juridiques qui peuvent leur être opposées par la protection des droits fondamentaux. Pour ce faire, ils s'emploient également à affaiblir les contre-pouvoirs qui apparaissent vulnérables face à des réformes constitutionnelles.

2. La vulnérabilité des contre-pouvoirs au sein des démocraties illibérales

Les dirigeants se réclamant de l'illibéralisme ont eu tôt fait, une fois élus, d'allier les discours aux réformes législatives et constitutionnelles. En s'appuyant sur une large majorité au Parlement, ils se sont employés à neutraliser les contre-pouvoirs et, en particulier, les juridictions constitutionnelles (2.1). De surcroît, la forte tendance nationaliste de ces gouvernements les conduit à remettre en cause les obligations imposées par le droit international et, particulièrement, par l'Union européenne (2.2).

2.1. La remise en cause de la justice constitutionnelle

Au sein des régimes parlementaires contemporains, la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif est de plus en plus ténue. En effet, le Gouvernement est généralement issu de la majorité parlementaire. Lorsque tel est le cas, un «bloc majoritaire» se constitue

³¹ FIDESZ est l'acronyme de *Fiatal Demokraták Szövetsége* (Alliance des jeunes démocrates).

³² KDNP est l'acronyme de *Kereszténydemokrata Néppárt* (Parti populaire démocrate-chrétien).

³³ 263 sièges sur 386 en 2010, 133 sièges sur 199³³ lors des élections de 2014 et de 2018 et 135 sièges sur 199 en 2022.

entre la majorité parlementaire et le Gouvernement qui sont solidaires. Partant, s'il ne s'agit pas d'une fragile coalition de circonstance, le Gouvernement bénéficie d'une majorité suffisante pour faire adopter ses réformes. L'opposition ne pourra y faire obstacle, car les mécanismes de contre-pouvoir pour renverser le Gouvernement comme la motion de censure auront peu de chances d'aboutir.

Dans cette configuration, la justice constitutionnelle apparaît comme un contre-pouvoir essentiel. En effet, s'ils sont saisis par la minorité parlementaire ou les citoyens³⁴, les juges constitutionnels pourront abroger ou empêcher l'entrée en vigueur d'une loi qui s'avèrerait contraire à la Constitution³⁵. Cela assure, d'une part, qu'au sein d'un État de droit la Constitution prime sur les décisions politiques et, d'autre part, cela garantit la protection des droits des minorités contre les velléités potentiellement discriminatoires de la majorité.

Néanmoins, le rôle de contre-pouvoir des juridictions constitutionnelles est lié aux compétences que leur confère la Constitution. Leur capacité à s'opposer aux gouvernants en est donc tributaire. Or, si ces derniers disposent d'une majorité suffisante, ils pourront réviser la Constitution et, ainsi, affaiblir la Cour constitutionnelle. Celle-ci se retrouve alors en position de vulnérabilité, puisqu'elle ne pourra empêcher une révision réalisée conformément à la Constitution.

³⁴ Les procédures pour saisir le juge constitutionnel et les modalités du contrôle de constitutionnalité sont très variées en fonction des pays. Voir notamment: G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, 2021, p. 1452; J. PADOVANI, *Essai de modélisation de la justice constitutionnelle. Réflexions à partir du recentrage du contentieux constitutionnel français autour des droits fondamentaux*, Aix-en-Provence, 2019, p. 710. Par exemple, en France, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs avant l'entrée en vigueur de la loi (article 61 de la Constitution) ou par les justiciables après l'entrée en vigueur de la loi. Cela a été rendu possible avec la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité introduite par la révision constitutionnelle de 2008 (article 61-1 de la Constitution). Voir notamment: E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges*, Paris, 2013, p. 544; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel*, Paris, 2016, p. 792; D. ROUSSEAU, P. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11e édition., Paris, 2016, p. 870.

³⁵ M. VERDUSSEN, *La justice constitutionnelle*, Bruxelles, 2012, p. 436.

Une fois encore, le cas de la Hongrie permet d'illustrer cette tendance. En effet, depuis son arrivée au pouvoir en 2010, Viktor Orban s'est employé à affaiblir les contre-pouvoirs susceptibles de s'opposer à lui, en s'appuyant sur une large majorité au Parlement. Les réformes menées ont notamment eu pour objectif de restreindre l'indépendance des médias et les prérogatives de la Cour constitutionnelle qui a été plusieurs fois visée.

Pour mettre en perspective ces réformes, un bref aperçu de l'histoire constitutionnelle de Hongrie est nécessaire³⁶. À la suite de la Seconde Guerre mondiale, sur les cendres du Royaume de Hongrie, s'est installé en 1949 un régime communiste dans le sillage de l'Union soviétique. Celui-ci a pris fin en 1989, au moment de l'effondrement du bloc de l'Est. S'est ensuite opérée une transition démocratique.

Néanmoins, au lieu d'adopter une nouvelle Constitution, le régime de transition s'est limité à réviser la Constitution de 1949³⁷. La volonté de réinstaurer un régime parlementaire s'est heurtée à la question de savoir si le Parlement serait composé d'une ou deux chambres. Le choix s'est finalement orienté vers un Parlement monocaméral. Ce choix aura pour conséquence d'accentuer les dérives actuelles. En effet, comme le souligne Pierre-Alain Collot, «dès 1990, on a assisté à une centralisation institutionnelle autour du Premier ministre, celui-ci étant également leader du parti majoritaire à l'Assemblée nationale»³⁸. Par-tant, les mécanismes institutionnels propres aux régimes parlementaires comme la dissolution ou la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement ont été en partie neutralisés.

Dans cette configuration, la Cour constitutionnelle est apparue comme un contre-pouvoir essentiel, allant parfois jusqu'à être considérée «comme la seconde chambre de ce Parlement monocaméral»³⁹. À tout le moins, elle a été un acteur institutionnel majeur de la transition démocratique. Cela résultait notamment des compétences très étendues

³⁶ Voir notamment: M. MIKLOS, *Histoire de la Hongrie*, Paris, 1996, p. 469.

³⁷ Si elle a fait l'objet d'autres modifications substantielles, cette Constitution demeurera en vigueur jusqu'en 2012.

³⁸ P.-A. COLLOT, *L'illibéralisme hongrois comme conséquence d'une démocratie défectueuse*, cit, p. 397.

³⁹ *Ibid.*, p. 396.

qui lui étaient conférées⁴⁰ et des lacunes du texte constitutionnel après la révision de 1989. La Cour était ainsi en mesure d'imposer au pouvoir politique les limites qu'il n'avait pas respectées par le passé. Une fois la transition réalisée, la Cour constitutionnelle a développé une interprétation originale et audacieuse de la Constitution.

L'activisme dont elle a fait preuve dans sa jurisprudence⁴¹ l'a exposé à la critique du gouvernement des juges évoquée précédemment qui s'est cristallisée avec l'arrivée au pouvoir de Viktor Orban et de sa coalition du FIDESZ-KDNP en 2010. Un changement de paradigme s'est alors opéré, passant d'un constitutionnalisme libéral dont la Cour était la figure de proue à un retour en force du pouvoir politique, fort d'une large majorité au Parlement.

Dans cette optique, le rôle et les prérogatives de la Cour ont été progressivement amoindris au grès des nombreuses révisions constitutionnelles entreprises par le nouveau Gouvernement. À cet égard, Pierre-Alain Collot rappelle que

sur la seule période commençant avec la victoire électorale du 25 avril 2010 et se clôturant le 18 avril 2011 avec l'adoption de la loi fondamentale, l'Assemblée nationale a adopté pas moins de 11 lois constitutionnelles nouvelles. Durant ces douze mois, c'est une trentaine de dispositions de la Constitution de 1989 qui ont été modifiées, dont certaines à plusieurs reprises⁴².

⁴⁰ La Cour constitutionnelle était compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité «abstrait et *a priori* des lois et des traités internationaux, un examen *a posteriori* et abstrait des textes et des autres actes juridiques de l'administration étatique suivant les modalités de l'*actio popularis*, un contrôle de conventionalité des textes et autres actes juridiques de l'administration étatique, un recours constitutionnel à la suite d'une atteinte aux droits garantis par la Constitution, un recours en manquement, un recours en interprétation de la Constitution, ainsi que de connaître des conflits de compétence entre les différents organes de l'État, entre les collectivités locales et les organes d'État ou entre les différentes collectivités locales». *Ibid.*, p. 6.

⁴¹ La décision 23/1990 du 31 octobre 1990 relative à la peine capitale en fournit un exemple caractéristique, les juges faisant référence à la «Constitution invisible» découlant de leur interprétation.

⁴² P.-A. COLLOT, *L'illibéralisme hongrois comme conséquence d'une démocratie défectueuse*, cit., p. 404.

Tout d'abord, la loi constitutionnelle du 5 juillet 2010 est venue modifier la composition du comité parlementaire chargé de nommer les juges de la Cour constitutionnelle. Avec cette réforme, le comité n'était plus composé d'un membre par groupe parlementaire, mais proportionnellement à l'importance des groupes parlementaires à l'Assemblée nationale. Ce faisant, la coalition FIDESZ-KDNP largement majoritaire a accaparé le pouvoir de déterminer la composition de la Cour constitutionnelle. À cela s'est ajoutée la loi constitutionnelle du 14 juin 2011 qui a augmenté le nombre des juges constitutionnels, de onze à quinze, donnant ainsi à la majorité au pouvoir la possibilité de nommer de nouveaux juges. En définitive, ces révisions constitutionnelles «ont permis à la FIDESZ-KDNP de maîtriser à brève échéance la juridiction constitutionnelle, au sein de laquelle ne siègent désormais que des membres fidèles à l'alliance au pouvoir»⁴³.

Cette volonté de neutralisation de la Cour constitutionnelle comme contre-pouvoir s'est poursuivie avec l'entrée en vigueur en 2012 de la nouvelle et actuelle Constitution. Dès 2013, en s'appuyant toujours sur une majorité conséquente à l'Assemblée nationale, la coalition au pouvoir a entrepris plusieurs révisions constitutionnelles, notamment pour contourner des décisions de non-conformité rendues précédemment par la Cour constitutionnelle⁴⁴. Plus fondamentalement, la loi constitutionnelle du 25 mars 2013 avait pour ambition d'abattre l'édifice jurisprudentiel construit par la Cour depuis 1989, en prévoyant que «les décisions rendues par la Cour constitutionnelle avant l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sont par là même annulées»⁴⁵.

En somme, la majorité au pouvoir n'a eu de cesse de restreindre la capacité de la Cour constitutionnelle à faire obstacle à sa politique. Cette stratégie a également été déployée à l'encontre de l'Union européenne dont les contraintes juridiques sont présentées comme autant d'obstacles à la souveraineté nationale et à la volonté du peuple hongrois.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ P.-A. COLLOT, *Difficulté contre-majoritaire et usage impérieux du pouvoir constituant dérivé au regard de la quatrième révision de la Loi fondamentale en Hongrie*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 4, 96, pp. 789-812.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 803.

2.2. *La remise en cause des limites imposées par l'Union européenne et le droit international*

La défiance à l'encontre de l'Union européenne et l'euroscepticisme sont au cœur de la rhétorique illibérale. Ainsi, les gouvernants valorisent le pouvoir souverain exercé au niveau national, par et au nom du peuple. Les institutions européennes sont donc décriées comme étant illégitimes. Didier Mineur souligne à cet égard que l'Union européenne est régulièrement prise pour cible, car elle «requiert de ses membres qu'ils satisfassent des exigences en matière de séparation des pouvoirs et de liberté des médias dont précisément [les gouvernants illibéraux] cherchent à s'affranchir»⁴⁶.

La critique formulée à l'égard des juges constitutionnels nationaux se retrouve à l'échelle internationale. Pour cause, que ce soit la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme, ces juridictions s'opposent nécessairement à la politique d'un État membre qui restreindrait les droits fondamentaux⁴⁷.

Cependant, malgré leur opposition à ces juridictions, les gouvernants illibéraux ne peuvent s'en affranchir comme ils le font des cours constitutionnelles au niveau national. En effet, ils ne peuvent, comme évoquer précédemment, s'appuyer sur leur majorité parlementaire pour modifier la composition et les compétences des juridictions internationales comme l'a fait la Hongrie pour la Cour constitutionnelle. Cela nécessiterait de renégocier et modifier les traités européens, ce qui, en l'état actuel, est fort peu probable. En ce sens, l'Union européenne n'est pas aussi vulnérable que la Cour constitutionnelle. En dernier recours, ce sera à l'État de sortir de l'Union européenne.

Par conséquent, malgré une opposition virulente, la Hongrie est tenue de respecter la jurisprudence des juridictions européennes, même si ce n'est pas toujours le cas en pratique. Le Gouvernement a parfois dû plier sur certaines mesures de sa politique illibérale. Par exemple, une

⁴⁶ D. MINEUR, *Qu'est-ce que la démocratie illibérale?*, cit., p. 108.

⁴⁷ Comme le fait remarquer André Moine, «ces magistrats ont en effet pour fonction, principale ou non, de protéger les droits et libertés individuelles, ils ont donc un rôle libéral». A. MOINE, *Les atteintes populistes aux droits fondamentaux et aux libertés publiques*, cit., pp. 99-100.

loi de 2011 abaissait l'âge de départ à la retraite des juges, permettant au Gouvernement d'effectuer une purge du système judiciaire. Cette mesure qui porte atteinte à l'indépendance de la justice a été abrogée à la suite de condamnations de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁸.

Néanmoins, pour faire pression sur les institutions européennes, le Gouvernement hongrois n'a pas hésité à faire appel au peuple par la voie du référendum pour opposer la souveraineté du peuple et de l'État à l'Union européenne qui ne bénéficie pas de la même légitimité démocratique, révélant ainsi sa vulnérabilité. En effet, malgré ses compétences élargies, l'ensemble de l'édifice européen demeure fondé sur des traités internationaux passés entre des États souverains qui s'engagent à les respecter.

L'exemple précédemment évoqué du référendum organisé en 2016 en Hongrie est révélateur de ce rapport de force de légitimité. En effet, la question posée aux citoyens par Viktor Orban était de savoir s'ils acceptaient «que l'Union européenne puisse prescrire l'installation obligatoire en Hongrie de citoyens non hongrois sans l'approbation de l'Assemblée nationale?». La formule est pour le moins orientée quant au caractère antidémocratique des institutions européennes pour prendre une décision relative à l'immigration. Même si, comme évoqué précédemment, ce référendum n'a pas produit d'effets en raison d'une participation insuffisante, il renforce l'euroscpticisme au sein de la population hongroise.

Malgré cela, l'Union européenne qui fonctionne sur la base du multilatéralisme demeure un rempart aux politiques illibérales des États membres. Cela suppose néanmoins que l'illibéralisme ne devienne pas la tendance majoritaire au sein des institutions européennes.

⁴⁸ Sur ce point, voir notamment S. PLATON, *La démocratie illibérale en droit de l'Union européenne. La question de l'activation juridictionnelle des valeurs de l'Union*, in B. VANESSA, B.L. COMBRADE, C.-E. SENAC, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, 2023, p. 125-127.

PER DIO! (?)

IL RUOLO DELLE RELIGIONI, DA ACCELERATORI DEL CONFLITTO A STRUMENTO DI INTERFACCIA DI TRADUZIONE, PER UNA TRANSIZIONE DALLA “RELIGIOSIZZAZIONE DEI CONFLITTI CULTURALI” ALLA “CULTURALIZZAZIONE DEI CONFLITTI RELIGIOSI”

*Francesca Oliosì**

SOMMARIO: 1. Premessa: una, nessuna, centomila... laicità. 2. Democrazia, tradizione, traduzione: la crisi della sovranità alla prova della multiculturalità e della globalizzazione. 3. Il ruolo delle religioni, da acceleratori del conflitto a strumento di interfaccia di traduzione. 4. Giustizia come fine, diritto come mezzo: la salus animarum e la riscoperta dell'attualità della teleologia del diritto canonico.

Riassunto

Il contributo analizza il ruolo delle religioni all'interno delle tensioni che caratterizzano la società contemporanea, intrisa di conflitti sono in appartenenza di matrice confessionale. L'analisi vuole dimostrare come la conoscenza profonda del diritto delle religioni possa essere utile su un duplice fronte: sia per una più profonda autocomprensione dell'assetto sociale, sia come necessario strumento di traduzione per un dialogo che sia davvero proficuo.

Abstract

The contribution analyzes the role of religions within the tensions that characterize contemporary society, which is permeated by conflicts, some of which stem from religious affiliation. The analysis aims to demonstrate how a deep understanding of religious law can be useful on two fronts: both for a deeper self-understanding of the social framework and as a necessary tool of translation for a truly fruitful dialogue.

* Ricercatrice RTD/B di Diritto e religione, Facoltà di Giurisprudenza. Università di Trento.

Résumé

La contribution analyse le rôle des religions dans les tensions qui caractérisent la société contemporaine, laquelle est imprégnée de conflits, dont certains découlent de l'appartenance religieuse. L'analyse vise à démontrer comment une compréhension approfondie du droit religieux peut s'avérer utile sur deux fronts : d'une part, pour une meilleure compréhension de soi-même au sein du cadre social, et d'autre part, comme un outil de traduction indispensable à un dialogue véritablement fructueux.

1. Premessa: una, nessuna, centomila... laicità

Per gli studiosi di diritto e religioni, l'esempio emblematico – quasi plastico – di quanto il concetto di laicità possa, all'interno di ciascuna esperienza giuridica, assumere significati estremamente diversi¹, è l'accostamento della cosiddetta *laïcité de combat* francese a quella che la Corte costituzionale definì “laicità all'italiana”: si tratta di due concretizzazioni del medesimo concetto tanto diverse da portare autorevole dottrina a chiedersi l'effettiva utilità di una parola le cui delimitazioni semantiche sono così ampie da non poter effettivamente definire un confine certo di cosa indichi².

Oltralpe l'idea di laicità (elevata a principio supremo)³ è caratterizzata da una propria specificità non solo giuridica e istituzionale, ma essenzialmente culturale⁴, incarnata nell'idea repubblicana della sacralizzazione dell'unità del corpo sociale (il *vivre ensemble*), con caratteri

¹ Sul punto, J. BAUBEROT, *Le tante laicità nel mondo*, Roma, 2008.

² Tale polisemia coinvolge uno spettro tanto ampio di significati, da risultare quasi inutile per i giuristi perché indeterminata. Cfr. G. DALLA TORRE, *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 34/2012, 1-11, e ancor prima G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1991, n. 2, p. 274 e ss.

³ Cfr. articolo 2 della Costituzione francese della V Repubblica del 1958 (il principio di laicità era già presente nella Costituzione del 1946): «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances».

⁴ M. D'ARIENZO, *La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2011, p. 1.

propri di una religiosità quasi “secolarizzata”⁵. Non si tratta di una semplice separazione tra “ciò che è di Cesare e cioè che è di Dio”⁶ né di una semplicistica laicità di contrasto al fenomeno religioso, quanto piuttosto del prodotto di un’evoluzione sociale, politica e culturale che ha portato la Francia a ribadire il ruolo fondante e fondamentale dell’intero ordinamento attraverso l’inserimento come principio fondativo sin dall’apertura della Carta Costituzionale. La scelta di includere la laicità quale principio fondante dello Stato nella Costituzione è stata per lungo tempo un *unicum* nel panorama costituzionale europeo, all’interno del quale, su un versante per certi versi diametralmente opposto, si trova invece la laicità all’italiana, riconosciuta come appartenente al rango dei principi generali dell’ordinamento dal Giudice delle leggi a partire dalla celebre sentenza n. 203 del 1989⁷. La pronuncia, che prendeva le mosse dalla spinosa questione dell’insegnamento della religione cattolica rispetto alla posizione degli studenti che decidono (o i cui genitori decidono) di non avvalersi, stabiliva come «il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di plurali-

⁵ Sulla laicità culturale e il suo rapporto con quella istituzionale cfr. J.M. DONEGANI, *Laïcité, sécularisation et religion: les enjeux d’une redéfinition obligée*, in G. BEDOUELLE, H.-J. GAGEY, J. ROUSSE-LACORDAIRE, J.-L. SOULETIE (a cura di), *Une République, des religions. Pour une laïcité ouverte*, Paris, 2003, pp. 143-161, ma specialmente pp. 144-145.

⁶ Il versetto del Vangelo di Marco (Mc 12, 13-17) viene ripreso *ex multis* da O. FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio. Laicità dello Stato e libertà delle chiese*, Milano, 2006.

⁷ La dottrina sul punto è sconfinata. Si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993; S. LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Diritto ecclesiastico*, 1994, I, 383; F. FINOCCHIARO, *La Repubblica italiana non è uno Stato laico*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, 11; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in M. PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2005, 79; G. LONG, *Laicità dello Stato, confessioni religiose e multiculturalismo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, 340; G. CASUSCELLI, *Le laicità e le democrazie: la laicità della «repubblica democratica» secondo la Costituzione italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2007, n. 1, 183; P. GRASSI, *Laicità e pluralismo religioso*, Villa Vericchio, 2013.

smo confessionale e culturale. [...] L'attitudine laica dello Stato-comunità risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

Tale laicità, definita poi sia da dottrina che giurisprudenza come “positiva”, “collaborativa” o, appunto, “all’italiana” evidenzia come non vi sia da parte dello Stato una volontà neutralizzante né separatista nei confronti del fenomeno religioso e delle sue manifestazioni sociali l'intento di realizzare «una tendenziale e progressiva irrilevanza del sentire religioso» ma il positivo proposito di «assicurare e valorizzare il pluralismo delle scelte personali in materia religiosa»⁸.

Quanto seppur rapsodicamente appena delineato rispetto ai due poli opposti del concetto/principio di laicità, quella francese e quella italiana, dimostra in modo evidente quanto tutto ciò che attiene il fenomeno religioso rivesta aspetti caratterizzanti e fondanti gli ordinamenti⁹. Eppure, nonostante l'ormai pacifico riconoscimento di tutte queste possi-

⁸ Cfr. Corte Cass. S.U. settembre 2021, n. 24414.

⁹ Non a caso, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dimostrato la reticenza dei giudici di Strasburgo nel pronunciarsi sulla violazione da parte degli Stati membri dell'art. 9, rubricato “Libertà di pensiero, di coscienza e di religione” che, fino al 1993 (ben 34 anni dopo l'istituzione della Corte stessa), aveva respinto i ricorsi per inammissibilità. «L'esame dei ricorsi dichiarati inammissibili dalla Commissione evidenzia innanzitutto un orientamento restrittivo nella lettura della norma: ciò è dovuto probabilmente al fatto che l'articolo 9 della Convenzione assicurava una tutela particolarmente forte della libertà religiosa e doveva quindi essere riequilibrato con un'interpretazione ispirata a criteri di prudenza rispetto alle norme nazionali. È vero che nel comma 1 dell'articolo 9 non faceva che ripetere il contenuto dell'articolo 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Ma quest'ultima non aveva la forza vincolante della Convenzione né disponeva di meccanismi giuridici che ne assicurassero l'applicazione. Del resto, basta pensare che, quando la Convenzione è stata firmata, un gesuita non poteva mettere piede in Norvegia, un prete apostata non poteva insegnare nelle scuole pubbliche italiane ed i fedeli di una religione diversa dalla cattolica non potevano celebrare pubblicamente, in Spagna, alcuna cerimonia religiosa». Così S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione Europea. Un'analisi quantitativa*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna, 2012, p. 40.

bili “variazioni sul tema”, manca la consapevolezza di quanto le proclamazioni contemporanee di laicità o di secolarizzazione che l’Occidente utilizza per auto-descrivere la propria civiltà e per differenziarla dalle altre presenti sul pianeta siano in realtà «colme di ingratitudine nei confronti della propria tradizione culturale. La secolarizzazione occidentale in realtà è una secolarizzazione locale, interna a una tradizione culturale», cosicché «le categorie laiche o secolarizzate della cultura occidentale sono dunque naturali perché autoevidenti, ovvie all’interno di un contesto storico e geografico»¹⁰, nel senso che rappresentano solo uno degli esiti possibili di un percorso storico compiuto da una parte, da una frazione della cultura umana. Ciò è reso tanto più evidente ora che globalizzazione, migrazioni, multiculturalismo dimostrano in ogni conflitto quanto si sia registrata un’universalizzazione di un assetto inevitabilmente (seppur naturalmente) locale. Esiste davvero un modello universale di laicità? Ciò che si intende dimostrare in questo scritto è quanto il concetto stesso di laicità, declinabile in una, nessuna, centomila variabili, sia solo la “punta di un iceberg” molto più grande, che dimostra quanto sia ormai ineludibile una riflessione sul ruolo delle religioni, non tanto a valle come causa scatenante i conflitti, quanto, a monte, come matrice di senso culturale dalla quale scaturiscono significati dati assodati ma, di fatto, non condivisi.

2. *Democrazia, tradizione, traduzione: la crisi della sovranità alla prova della multiculturalità e della globalizzazione*

L’intero discorso giuridico della modernità è coestensivo al binomio territorio/popolo, quest’ultimo inteso come *ethnos*. In questo quadro, la sovranità degli Stati, simmetricamente, germoglia da un atto, un impulso genetico che in qualche modo incorpora la sintesi di circuiti politici e di comunicazione dati per presupposti. L’esperienza contemporanea ha posto in crisi, tuttavia le premesse socio-culturali di questi schemi teorici e istituzionali: l’attuale compagine sociale è infatti caratterizzata da

¹⁰ Cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, 188.

una rottura del sistema delle fonti e da una pluralizzazione che vale sia nel rapporto degli Stati tra di loro (ordinamento internazionale e transnazionale), che all'interno di ogni singolo Stato.

La pluralità delle fonti vigenti, eterogenee per provenienza e contenuti, ma anche il continuo e per certi versi quasi strabico proliferare di produzioni legislative che nel tentativo di normare una realtà sempre più complessa e difficile da decifrare creano leggi sempre più articolate e cavillose, sono armonie diverse riconducibili allo stesso “canto delle sirene”, che irresistibilmente fa cedere all'ardente desiderio (politico, istituzionale, sociale) di un'unitarietà sistematica aprioristica e valida *erga omnes*, a inevitabile discapito di una democrazia che sia davvero effettiva.

Ma cosa si deve intendere per democrazia? Una risposta univoca e universale a questa domanda è impossibile, ma è necessario fin d'ora ribadire che affrontare il problema della legittimazione democratica degli ordinamenti giuridici statali significa, prima di tutto, liberarsi dalla passività di continuità irriflesse (cioè prive di riflessione su sé e accettazione cosciente) e quindi tradizionaliste, più che tradizionali. Da sempre la filosofia si interroga sulle concezioni della democrazia, basti pensare a Dahl o Schumpeter, che enfatizzano la libera competizione entro un'arena ordinata per l'affermazione di interessi particolari mutuamente contrastanti¹¹.

Su un versante differente, Rawls e Habermas sottolineano invece a più riprese quanto sia necessaria un'attenzione sull'aspetto dinamico e deliberativo. Il filosofo tedesco, in particolare, tratta unitariamente democrazia e sovranità, intese in una connessione che non può che essere dinamica¹², arrivando ad affermare la necessità di un vero e proprio

¹¹ Tali teorie, tuttavia, mancano di un vero e proprio oggetto della deliberazione comune e, concependo la democrazia solo come un insieme di «regole del gioco», non contemplano neppure con esattezza il soggetto collettivo della deliberazione, ma un corpo elettorale segmentato che risponde più alla dinamica della domanda/offerta (scambio di prestazioni politiche contro legittimazione) che a quella del dialogo. Per un'analisi delle loro posizioni si rimanda ad A. FERRARA, *Democrazia e società complesse: l'approccio deliberativo*, in S. MAFFETTONE, S. VECA (ed.), *Manuale di filosofia politica. Annali di etica pubblica*, Roma, 2/1996.

¹² Il rapporto dinamico tra sovranità e democrazia viene affrontato da J. HABERMAS, *Sovranità popolare come procedura. Un concetto normativo di sfera pubblica*, in ID.,

processo deliberativo che implica la capacità di ogni società di procedere in giudizio contro se stessa¹³, nel tentativo di salvaguardare la risorsa che, più di ogni altra, sembra essere stata messa a repentaglio dalla glo-

Morale, diritto, politica (trad. it. L. Ceppa), Torino, 1992. Il filosofo sottolinea l'importanza di rinunciare ad una interpretazione concretistica di sovranità popolare, in favore di una istituzione di natura procedurale, che scambia l'aver ragione con il poter fondare una presunzione di ragione nel riconoscimento dell'egual valore alla volontà di ciascuno, insieme al principio che il convincimento può ridurre gli errori. Al posto di un corpo sovrano si trova "un processo a più voci, tramite cui si forma un'opinione collettiva che alla violenza sostituisce l'intesa. [...] I procedimenti democratici giuridicamente strutturati possono condurre a una formazione razionale della volontà solo nella misura in cui l'organizzata formazione d'opinione che all'interno degli organi statali produce decisioni responsabili resti permeabile ai valori, temi, contributi e argomenti liberamente fluttuanti in quella comunicazione politica che le fa da sfondo e che, come tale, non è mai completamente organizzabile». La sfera pubblica è, o meglio dovrebbe essere «non programmata per decidere» (e dunque può essere non organizzata). Si tratta di un concetto normativo che sul piano fattuale si articola in una rete comunicativa di sfere pubbliche variamente specializzate nel produrre e diffondere convinzioni, nell'individuare temi, fornire contributi, interpretare valori, produrre o contrastare argomenti. Sono influenti ma solo indirettamente, articolando il set di ragioni che sono mobilitabili (ma non complessivamente aggirabili senza prezzo) dalle sfere politiche. È qui, in questo luogo aereo, che si è ritirata nelle condizioni contemporanee "l'attesa di una sovrana auto-organizzazione della società". Si tratta di una sorta di de-sostanzializzazione (e quindi di un allontanamento dalla soluzione di Rousseau proprio mentre la si frequenta) della sovranità popolare. Non c'è più un corpo popolare, il seggio è vuoto. La sovranità è più "in quelle forme comunicative senza soggetto che regolano il flusso della formazione discorsiva dell'opinione e della volontà in modo tale, che i loro fallibili risultati nutrano per sé la presunzione della ragione pratica". Non è nella sfera pubblica, o nelle libere associazioni, ma nella dinamica che si istituisce insieme dai due lati e in entrambe le direzioni.

¹³ Per il filosofo tedesco la concezione deliberativa della democrazia prevede un continuo «scambio di ragioni», restituendo un'immagine della costituzione della società, dello Stato generata intorno ad una ragione procedurale capace di «procedere in giudizio contro se stessa». Così J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari-Milano, 2013, ma anche Id., *Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in AA.Vv., *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, Milano, 1998; Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2013.

balizzazione: «quella solidarietà sociale che, salvaguardata dalle strutture giuridiche, appare sempre più bisognosa di rigenerazione»¹⁴.

Il dilemma del multiculturalismo¹⁵ è, in ultima battuta, trovare il giusto equilibrio tra le diverse spinte pluraliste che vogliono vedere riconosciute a oltranza le diverse istanze presenti nella società e la tendenza di delegare e relegare tutto all'unità di riferimento complessiva che è lo Stato, in un appiattimento che rischia di restare privo sia della costante tensione tra uguaglianza e differenza, sia delle prerogative proprie dello Stato costituzionale di diritto che, per essere realmente democratico, non può non tener conto delle diversità¹⁶.

La ricerca di strategie discorsive per rendere reciprocamente comprensibile un dialogo che sia davvero fruttuoso richiede uno sforzo di traduzione che non può (e non deve) esaurirsi in un'aprioristica traslazione di lingue che sottintende una sovrapponibilità di significati che di fatto non esiste. Venuta meno l'omogeneità sociale, religiosa, etnica e in generale identitaria e culturale di ogni paese occidentale, investito da massicci flussi migratori ma anche caratterizzato da individui intimamente diasporici e multipli¹⁷, dare per sotteso i significati è il primo grande errore epistemologico ed è il più grande inciampo ad un dialogo fruttuoso. Perché si realizzi, invece, nel massiccio lavoro di decostruzione e ricostruzione attiva dei significati è necessario riconoscere il ruolo che le religioni hanno nella società, un ruolo irriflesso (per riprendere Habermas) perché spesso misconosciuto o sottovalutato. Eppure, senza capire e sottolineare quanta religione sia soluta nella società, risulta impossibile la costruzione di un'interfaccia culturale in grado di fornire la ricerca di soluzioni democratiche di tipo negoziato, transattivo e quindi realmente inclusivo delle diverse identità¹⁸.

¹⁴ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, p. 7.

¹⁵ Cfr. G. BAUMANN, *L'enigma multicultural. Stati, etnie, religioni*, Bologna, 1999.

¹⁶ Cfr. F. OLIOSI, *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multicultural*, Napoli, 2020.

¹⁷ Cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008.

¹⁸ Sul punto M. RICCA, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, 2008.

Così, non basta l'habermasiano appello alla *dinamica deliberativa* ma è necessario, ancor prima, che si compia una ricerca di strategie discorsive per rendere reciprocamente comprensibile ciò che viene chiesto. Senza questo lavoro di preliminare identificazione dei significati, è impossibile giungere ad un dialogo genuinamente partecipato nel quale vengano comprese (ancor prima che accolte) le istanze di riconoscimento provenienti da soggetti di diversa cultura e religione ma presenti simultaneamente nel territorio di singoli stati. In un momento storico in cui multiculturalità ed eguaglianza sembrano sempre più inconciliabili, soprattutto a livello legislativo, è fondamentale ripensare le premesse per una ricerca effettiva e senza sconti della coordinazione tra sintassi democratica e differenze culturali¹⁹.

Nella società contemporanea, dove il moltiplicarsi esponenziale di diversità linguistiche, economico-sociali, storiche e di costume è un processo in accelerazione costante, la possibilità di un confronto democratico genuino si inceppa sempre più di frequente, lasciando il posto nell'agorà pubblica a tensioni sociali ed etniche che diventano spesso principalmente religiose. Basti pensare ai recenti conflitti bellici, dove l'elemento della religione, anche ad una lettura fenomenologica e superficiale, ha rivestito e riveste un ruolo tutt'altro che secondario.

Per questo è più che mai fondamentale e urgente compiere un incessante sforzo reciproco di comprensione del senso ultimo e profondo delle istanze di tutela, e poiché la traduzione presuppone la comprensione e la comprensione uno sforzo di conoscenza, comprendere gli universi culturali dell'*altro* implica la raccolta di informazioni circa i fattori che ne influenzano l'immaginario simbolico e cioè la loro rappresentazione del mondo. È evidente, a questo punto, che in quest'opera di ricostruzione, il ruolo della religione e dei significati che essa implica in ciascun soggetto non possono che essere di primaria importanza.

¹⁹ Si veda R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990; R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, 2001; T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967; A. RUGGERI, *Il pluralismo tra «regole» e «principi» costituzionali sulla produzione giuridica*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996.

3. *Il ruolo delle religioni, da acceleratori del conflitto a strumento di interfaccia di traduzione*

Le società occidentali stanno attraversando un periodo di profonda crisi. Oltre alle vertiginose trasformazioni sociali, economiche e politiche, l'incontro (che forse sarebbe meglio chiamare "scontro") con nuove tradizioni culturali, religiose e – inevitabilmente – giuridiche, sta facendo vacillare come mai prima d'ora le stessa fondamenta degli ordinamenti occidentali²⁰.

È ormai evidente che sia venuta meno l'uniformità culturale e religiosa che ha caratterizzato l'Europa per lunghi secoli, permettendo e implicando, com'è fisiologico, uno sviluppo omogeneo dell'impianto concettuale non solo dei fondamenti del diritto, ma del dualismo tra Stato e religioni e dell'idea tipicamente occidentale del costituzionalismo, da una parte, e della secolarizzazione, dall'altra.

L'insediamento di nuovi popoli (e quindi nuove idee, nuove società, nuove religioni) in Europa e l'integrazione di nuove identità al di fuori del contesto giudaico-cristiano, porta alla luce il fatto che gli ordinamenti si sono sviluppati, anche nell'ultimo mezzo secolo, in accordo con le concezioni della persona e della società politica prevalenti in Europa, in un terreno comune condiviso e prevalente. In questo contesto l'azione istituzionale e il quadro costituzionale sono rimasti per lungo tempo indiscussi perché culturalmente, se non politicamente, considerati validi a ospitare le diversità esistenti, e non perché gli unici validi o gli unici possibili.

Questo comporta nell'immediato una serie di difficoltà che si situano a diversi livelli: un primo livello riguarda la difficoltà di gestione delle componenti della società che non si conoscono e non si capiscono, i cui precetti di costume o religiosi sono talvolta in netto e aperto contrasto con quelli del diritto, sia esso statale che sovranazionale e internazionale. Questo perché tutti i diritti, che nella loro estrinsecazione quotidiana si fondano sulla triade popolo/sovranità/territorio, sono ba-

²⁰ Sul punto, e sul ruolo della tradizione religiosa, si veda il risalente ma sempre attuale H.J. BERMAN, *The Religious Foundations of Western Law*, in *Catholic University Law Review*, 24, 2/1975, 490-508.

sati (più o meno implicitamente) su un'idea etnica di statalità del tutto superata nella realtà.

Il secondo livello di difficoltà, direttamente collegato a quanto appena detto, si situa più in profondità e riguarda il diritto inteso come strumento di *problem solving*. È ormai evidente quanto lo strumento normativo sia inadeguato, non solo per "l'altro" che arriva decidendo di migrare e abbandonare il proprio paese d'origine ma anche per coloro che rimangono e stanziavano nel paese dove sono nati. Tutti, infatti, viviamo in un'era globalizzata, in cui gli interessi economici ma anche le notizie o il progresso scientifico superano e doppiano i confini di ogni nazione ponendo l'esistenza di ciascuno in un unico spazio globale caratterizzato da un flusso materiale e immateriale ininterrotto e continuo.

Per questo è tanto urgente quanto necessario ripensare non soltanto il ruolo delle religioni ma il ruolo stesso del diritto, e il rapporto che c'è tra religione e diritto, non fermandosi alla dimensione istituzionale delle confessioni o alle norme, e quindi ai dati normativi che in qualche modo disciplinano (senza comprenderli) aspetti del vivere che hanno a che fare con l'appartenenza confessionale (il crocifisso, il velo, il digiuno, il matrimonio e le successioni, ad esempio), ma andando più in profondità e intercettando quanto le religioni abbiano innanzitutto influenzato la determinazione dei valori e dei fini dei diversi ordinamenti secolari. Le norme, infatti, per quanto possano sembrare imparziali, laiche e super partes, riposano su in realtà un set di valori intorno al quale si è creata l'identità socio-politica degli Stati. Un set di valori che, spessissimo, è stato individuato proprio grazie al fatto che politica e religione, utilizzando una felice immagine di Thomas Mann, si sono nei secoli abitate a «scambiarsi le vesti», cosicché «è il mondo nella sua totalità che parla quando l'una parla la lingua dell'altra»²¹. La visione del mondo di weberiana memoria che le religioni forniscono²², non riguarda solamente le società (invero poche oramai) con un modello in qualche modo teocratico, ma anche quelle nelle quali l'epistemo-

²¹ T. MANN, *Giuseppe e i suoi fratelli*, vol. II, Milano, 2000, p. 864.

²² M. WEBER, *Sociologia della religione. L'etica economica delle religioni universali*, Torino, 2002.

logia della secolarizzazione²³ ha erroneamente fatto credere di poter “espellere” tout court le religioni in nome di una secolarizzazione radicale laicità di fatto impossibile da realizzare.

Se è vero che ogni cultura costituisce un’enciclopedia di saperi e prassi orientati a fornire agli individui schemi di azione e posizionamento nel mondo, è altrettanto evidente che all’interno di questo cosmo materiale e simbolico i fini che la cultura (e la società) intende perseguire sono direttamente mutuati dalla religione, seppur in modo irriflesso perché sedimentato e soluto – nelle società occidentali – dall’epistemologia della secolarizzazione. «La religione occupa in ogni enciclopedia culturale la casella dei fondamenti, delle matrici di produzione di senso» perché fornisce gli orizzonti ultimi di interpretazione del mondo così come della vita di ciascuno. L’Occidente pur avendo ampiamente attinto dalle religioni come piattaforma di codificazione (basti pensare anche al concetto di buona fede pilastro del diritto mutuato direttamente dal diritto romano ma poi rielaborato dal casuismo)²⁴, insiste nell’affer-

²³ “When I refer to the ‘epistemology of secularization’, I intend a mind/world divide that is reified in the semantic structure of ‘things’, the same things we assume to be ‘real’, ‘out there’, distinguished from ‘the subjective dimension’ and, consequently, the domain of values and the internal forum. The ‘external forum’ is a kind of constellation of these items. Their epistemic neutrality/self-evidence, gauged on the immediate and universal signification of the so called primary qualities, is assumed by modern Western secularization as both the shield and buttress for freedom – which can remain, in this way, protected/secluded within the domain of conscience. Unfortunately, but also predictably, this protective seclusion, overtime, turned into a sort of cage. Such effect is also due to the fictitiously self-evident and non-construed morphological features of the external objects and the presumed representational (almost isomorphically mirroring) schemes through which we categorize them”. M. RICCA, *Intercultural Spaces of Law. Translating Invisibilities*, Cham (Switzerland), 2023, 386.

²⁴ Nata come obbligo sociale, la buona fede acquisisce un significato prettamente giuridico già in epoca romana, ove la nozione di *bona fides*, ancorata al rispetto dell’impegno preso sul piano etico e quasi “sacrale”, viene declinata in una duplice accezione: buona fede soggettiva, quale situazione psicologica strettamente legata alla proprietà e alla conseguente convinzione del possessore circa la piena legittimità del possesso, e buona fede oggettiva, correlata al diritto dei contratti e all’impegno etico di adempiere l’impegno preso con lealtà e correttezza, utilizzata nei *bona fidei iudicia*, azioni processuali in cui il giudice valutava il comportamento delle parti con ampio margine di discrezionalità e basandosi sull’equità e sulla comune concezione della buona fede. La

mare l'affrancamento della cultura non solo dai presupposti teologici ma anche da tutto il fattore religioso, sostituito da un'illuministica visione della ragione che – nell'autoproclamarsi laica e libera dalla religione – misconosce il ruolo fondamentale rivestito da quest'ultima. Le religioni hanno infatti una portata *in primis* antropologica²⁵, poiché prima ancora di dar vita a esperienze spirituali individuali o collettive, contribuiscono in modo fondamentale alla weberiana “razionalizzazione esterna”, agendo indirettamente, anche se involontariamente, ed influenzando su tutte le forme di agire: non solo gli istituti giuridici, ma anche i valori, i fini, gli “atomi concettuali” alla base di ogni ordinamento sono stati forgiati in un orizzonte di senso fortemente marcato dall'influenza religiosa.

Le categorie laiche o secolarizzate della cultura occidentale sono state ritenute per secoli naturali perché auto-evidenti, ovvie all'interno di un omogeneo contesto storico e geografico di cui rappresentano un percorso compiuto, certo, ma solo uno di quelli possibili.

Un esempio concreto di quanto appena detto è dato dai diritti umani, spesso utilizzati come i confini e i termini di non accettabilità del comportamento di chi, anche per motivi religiosi, rivendica il diritto di potersi comportare diversamente, di modo che sia la religione a finire sul banco d'accusa, mentre ciò che andrebbe rivista è la “provinciale” universalità dei diritti umani, che in realtà non valgono davvero per ogni essere umano ma sono situati – com'è normale che sia – in un circuito che, per quanto esteso, è solo uno tra quelli possibili. Così, nel dichiara-

differenziazione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo permane nel corso del tempo e viene ripresa in particolare nel diritto canonico che ne rende i connotati del tutto sovrapponibili a quelli presenti nell'ordinamento italiano. Sotto questo aspetto vedasi R. TH. TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, 2ª ed., Tours, 1903. Per una costruzione generale dell'istituto si può ricorrere a G. LOMONACO, *Enciclopedia giuridica italiana* e al volume del J. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 4ª ed., Parigi, 1886; P. BONFANTE, *Essenza della buona fede e suoi rapporti con la teorica dell'errore*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, VI, 3-4.

²⁵ Così M. RICCA, *Why Does religion metter for Democracy?*, in F. OLIOSI (a cura di), *Diritto, religione, coscienza: il valore dell'equilibrio. Liber Amicorum per Erminia Camassa*, Modena, 2023, 421-440; ID., *Le religioni*, Roma-Bari, 2004; ID., *Diritto e religione. Per una pistemica giuridica*, Padova, 2002.

re non compatibile un comportamento o un costume (termine medio del sillogismo giudiziario) perché in contrasto con i diritti umani, di fatto lo sguardo con cui si ricostruisce il comportamento è già condizionato, a priori, da degli schemi cognitivi che erroneamente si definiscono oggettivi. Nel sillogismo giudiziario l'apparenza morfologica che sembra oggettiva in realtà viene costruita totalmente in base a determinati schemi di determinati circuiti, a loro volta inevitabilmente influenzati culturalmente dalla religione. Si finisce così per sovrapporre il mero dato normativo della dichiarazione neutrale ed universale dei diritti umani come l'unico significato ascritto e ascrivibile e quindi utilizzato e utilizzabile dalle sintesi giurisprudenziali prodotte dalle esperienze delle corti costituzionali che hanno situato e in alcuni casi reificato la portata dei diritti umani che, paradossalmente, divengono un maglio potentissimo, e anziché includere autorizzano ad escludere.

Il problema che rimane irrisolto è che così facendo, si scambia l'esperienza locale giustamente situata per il prototipo dell'interpretazione dei diritti umani: si tratta però di universalizzazioni che sono forme di essenzializzazione di diritti umani in cui l'universalità è una collezione di essenze culturali drammaticamente connotate dalle tradizioni anche religiose che, oltretutto, sono negate. Questa dinamica è stata definita come «oppressive use of human rights»²⁶.

Acquisire consapevolezza riflessiva delle potenzialità culturali delle religioni può essere lo strumento per poter trasformare questi repertori di universalità che leggiamo nel diritto in processi di universalizzazione, perché l'universalità per essere davvero tale può solo essere letta processivamente, come un orizzonte mai raggiunto e mai definito, in evoluzione continua e continua apertura verso le nuove differenze. Per questo i diritti umani dovrebbero essere elementi di qualificazione giuridica orizzontali, non gerarchicamente sovraordinati in modo piramidale: solo così si potrebbe evitare che vengano utilizzati in modo antagonistico diventando un inciampo mentre nella loro essenza dovrebbero essere il mezzo, l'orizzonte aperto dei processi di universalizzazione²⁷.

²⁶ A. SAJÒ (a cura di), *Human rights with modesty: the problem of universalism*, Leiden, 2004.

²⁷ Cfr. M. RICCA, *Intercultural spaces of Law*, cit., 136.

In tutto questo l'opinione pubblica e la politica occidentali hanno un atteggiamento che si potrebbe definire quasi bipolare: da un lato, infatti, le altre tradizioni culturali vengono additate come inferiori, problematiche, non sviluppate, per il mancato attraversamento della fase di secolarizzazione; dall'altro, però, sempre più spesso nei discorsi politici o nei media, viene invocata la tradizione cristiana come fondamento e sfondo dell'esperienza giuridica politica occidentale, rendendo così i confronti e i conflitti culturali innanzitutto confronti e conflitti religiosi. Come spiegare questa schizofrenia? Forse un utile primo passo può essere quello di identificare il fenomeno soggiacente ma evidente di religiosizzazione dei conflitti culturali: la cultura che finisce per essere convogliata in un conflitto ha come asse di strutturazione la religione, ma non è la religione in sé la causa del conflitto²⁸.

A ben vedere, tutte le religioni sono caratterizzate da una dimensione relazionale, intersoggettiva. Così, l'irruzione del sacro all'interno dell'esperienza non cancella ciò che ci circonda ma al contrario lo trasfigura, lo connota di nuovo senso²⁹. In ogni tradizione culturale, la religione ha inciso da un punto di vista storico-genetico in maniera forte nel definire la semantica dell'esperienza, il senso degli oggetti e del mondo. Tutte le religioni, nel loro estrinsecarsi storico, nella fase iniziale conoscono questa fase di *renovatio* dei significati quasi scandalosa: l'asse fondamentale di tutte le rivelazioni causa una sorta di "terremoto semantico" che induce alla ridefinizione totale degli orizzonti dell'esperienza, cosicché ogni religione costituisce un nucleo di senso antropo-

²⁸ La formula ricorda, volutamente, le posizioni del celebre politologo Roy che ha parlato con riferimento all'Isis e all'Islam di una islamizzazione del radicalismo invece che radicalizzazione dell'islam, dovuta ad una rivolta generazionale e sociale verso le società, come la Francia, che nel tentativo di cancellare il fenomeno religioso dallo spazio pubblico ha finito con il rinvigorirne gli estremismi. Si veda sul punto O. ROY, *Generazione Isis. Chi sono i giovani che scelgono il califfato e perché combattono l'occidente*, Milano, 2017.

²⁹ Nel diritto canonico un paradigma di questa sorta di *renovatio* può essere rinvenuto nel dare i nomi di Adamo nell'Eden e il dare nomi di Cristo nell'ordinazione sacramentale a colui che viene ordinato incide sul linguaggio dell'oggettività modificandone da dentro il significato. «Ecco, io faccio nuove tutte le cose», Dio dice nell'Apocalisse (Ap 21, 5).

poietico dal quale deriva poi un'intersoggettività prodotta a livello universale.

La scelta di fede di ciascun individuo (e non solo di chi decide, migrando, di spostarsi in un'altra dimensione di esperienza), inevitabilmente si scontra con circuiti di significato di cui troviamo poi l'espressione nel diritto, che sono a loro volta generati da esperienze religiose antiche. Esperienze religiose che dobbiamo stare attenti a non qualificare in termini solo confessionali ma a leggere anche in senso antropologico: confessione non corrisponde a religione, come laicità non corrisponde a secolarizzazione³⁰. La religione, in questo senso, non è da intendersi come le istituzioni che la rappresentano, i riti che la caratterizzano o le esplicazioni nel mondo, come la *ecclesia militans*, per riprendere un termine canonistico.

L'idea di poter distinguere una dimensione oggettiva, in termini epistemologici caratterizzata dalle proprietà primarie, di tutto ciò che è fatto e riconoscibile come tale, da una dimensione soggettiva è fuorviante e sbagliata. Tutta la nostra esperienza giuridica è fondata su questo: nei contratti i motivi hanno un grado di rilevanza alto, nel diritto penale del fatto (che giudica il comportamento che si assume esternamente, non per quello che si pensa nel foro interno) questa distinzione è ancora più evidente. Il riconoscimento della libertà come dimensione soggettiva presuppone che esista una dimensione oggettiva e universale, nella quale i fatti non sono interpretabili che in un solo modo perché produzione dalla razionalità umana. In realtà questi fatti sono caratterizzati, semantizzati dagli esseri umani sulla base di paradigmi, valori e schemi cognitivi che hanno profondo radicamento nelle esperienze religiose che hanno una valenza antropologica e non solo confessionale perché hanno accompagnato la generazione dell'intersoggettività che crea il mondo oggettivo.

L'arrivo degli Altri, così, mostra quanto la religione abbia una funzione di matrice culturale, che agisce dal punto di vista antropologico anche a prescindere dalla sua dimensione istituzionale. Finché la società rimane chiusa e omogenea, il problema non si pone: questa consape-

³⁰ La laicità attiene alla dimensione politica, non a quella antropologica che sta dentro alla soggettività e, in ultima battuta, dentro il linguaggio giuridico.

volezza continua a soggiacere nella società senza essere sollecitata né messa sotto stress. Il discorso però cambia radicalmente quando l'arrivo degli di soggetti di altra cultura rende la realtà sociale multiculturale e vengono rimesse in discussione le fondamenta e le categorie stesse dell'ordinamento, fino ad allora indiscusse semplicemente perché condivise dal medesimo background. Questo perché ancor prima che un contratto sociale politico, esiste una sorta di contratto sociale semantico³¹, della cui esistenza spesso si è ignari o inconsapevoli. Ciò che anche dal punto di vista comunicativo viene dato per scontato e soprattutto per oggettivo, non lo è: un comportamento, un'azione, un gesto, persino un oggetto o una parola sono da sempre sembrati oggettivi solo perché non esistevano nelle società alterità che ne davano una lettura diversa. Nella società contemporanea, invece, giudici e operatori del diritto hanno a che fare con persone che non condividono e non conoscono minimamente il non detto, rimanendo i grandi esclusi del contratto sociale semantico di cui chiunque, peraltro, ignora l'esistenza. In altri termini, ogni volta che un giudice si trova a dover decidere se una condotta possa essere sussunta in una previsione legale, compie un'attività ermeneutica che solo apparentemente è neutra, perché la qualificazione stessa del fatto, della condotta, non è un'attività neutra e oggettiva. Il cosiddetto sillogismo giudiziario³², infatti, dà per presupposto che la condotta alla quale si ascrive la conseguenza normativa sia oggettiva e quindi, nel caso concreto, oggettivamente qualificabile e sussumibile.

Quando nello schema del sillogismo giudiziario il giudice si deve chiedere se la condotta rientri tra quelle previste dalla norma, senza rendersene conto compie un processo deduttivo che ritiene oggettivo e valevole per tutti ma che, di fatto, è colmo di inferenze, di illazioni non

³¹ Cfr. M. RICCA, *Ignorantia facti excusat: Legal Liability and the Intercultural Significance of Greimas' "Contract de Veridiction"*, in *Int J Semiotic Law* 31-101-126 (2018).

³² Lo schema del sillogismo giudiziario è molto semplice e riassume il processo ermeneutico che viene posto in essere dai giudici per decidere un caso concreto attraverso tre step: l'analisi della fattispecie che prescrive che ogni soggetto che compia una condotta incorre in una conseguenza normativa ("chiunque fa a, avrà la conseguenza x"). La verifica della sussumibilità della condotta concreta di un soggetto alla fattispecie (Tizio con la sua condotta concreta ha fatto a). L'applicazione della norma e quindi della conseguenza normativa al fatto concreto (Tizio va incontro alla conseguenza x).

dette e talvolta neanche contemplate. Questo vale soprattutto per gli altri, ossia per coloro che provengono da altre parti del mondo e che hanno una cultura e una religione che hanno agito come indice di semantizzazione, nella creazione dei significati con risultati completamente diversi rispetto a quelli delle società occidentali. Tutto questo è dovuto da un errore di base. A causa di ciò che ho precedentemente definito ‘religiosizzazione dei conflitti culturali’ le religioni e le culture vengono concepite come qualcosa che abbia a che fare con la sfera confessionale, che possono in qualche modo rimanere a latere del mondo oggettivo. I fatti, secondo questa visione, sarebbero costituiti da elementi corrispondenti a qualità primarie immediatamente e universalmente riconoscibili, perché grazie alla secolarizzazione si è stati in grado di espellere la religione e relegarla alla dimensione intimistica della coscienza. La realtà invece è ben diversa, perché le religioni così come la cultura e tutte le altre componenti più o meno decifrate che compongono l’identità di un individuo agiscono come una sorta di lente colorata che tinge e altera i colori di tutto ciò che vi si vede attraverso. Se chiunque vive all’interno di una società di persone con le lenti blu ha sempre visto il sole verde, cosa succederà quando arriva qualcuno che ha sempre avuto lenti rosse e il sole lo vede arancione? Chi avrà ragione dei due? Senza la consapevolezza che tutti indossiamo lenti, il dialogo rimarrà un dialogo tra sordi, dove non si capiscono ma neanche si ascoltano minimamente le ragioni dell’altro.

Allo stesso tempo, e fuor di metafora, se sull’esperienza dell’altro viene applicata una scansione generale che deriva da qualcosa che non è oggettivo ma è tutt’al più di massima³³, il risultato a lungo andare non potrà che essere drammatico. Non basta la finta tolleranza, la quasi compassione che spesso mal cela un atteggiamento di supposta superiorità verso le regioni del mondo che, si dice, non hanno conosciuto il processo di secolarizzazione e sono rimaste così influenzate, quasi sotto scacco, dalle religioni.

Questo per due ragioni. La prima è molto semplice: anche nelle nostre società secolarizzate la religione ha avuto e tutt’ora ha un ruolo fondamentale, e non solo negli indici di semantizzazione (ossia nel pro-

³³ H.L.A. HART, *The concept of Law*, Oxford, 2012.

cesso di attribuzione dei significati) ma anche nell'individuazione dei fini e dei valori, così come nella definizione dei fatti. Si sbaglia nel ritenere oggettivi fatti che oggettivi ed universali, non sono. Il sole non è verde per tutti.

La presunta nitida oggettività del dato finisce per oscurare sia la dimensione soggettiva insita nella sua elaborazione, sia tutti gli elementi semiotici che concorrono a determinare ciò che ha evidenza empirica per l'Altro: il sole è verde per alcuni, arancione per altri, incommensurabilmente inesistente per i ciechi.

Per questo la traduzione dell'alterità non può che essere strettamente collegata anzi, funzionale alla libertà. Altrimenti si impone all'altro un linguaggio che sembra fondato sui fatti e che invece è carico di aspetti normativi e assiologici che ruotano intorno alle nostre categorizzazioni che sono orientate da valori, anche religiosi, che l'altro non contempla minimamente.

L'esempio più calzante in tal senso è dato dalla categorizzazione ad opera delle corti italiane del *kirpan*, soprattutto rispetto a quella data del crocifisso. Il Consiglio di Stato italiano ha definito il primo (simbolo religioso dei sikh) come oggettivamente un coltello e soggettivamente un simbolo religioso³⁴. Ma è così per tutti? Per i sikh, infatti, esso è oggettivamente un simbolo religioso che tutt'al più ha la forma simile ad un'arma. Così, nell'affermare che il significato di un oggetto riguarda le sue caratteristiche oggettive mentre l'utilizzo che se ne fa determina le scelte soggettive, i giudici italiani hanno dimostrato di non saper cogliere quanto "blu" fossero le loro lenti nel guardare ad un simbolo religioso che – per quanto riguarda l'esperienza europea – non è mai stato utilizzato come un'arma ma sempre e solo indossato come simbolo. Quanto detto stride ancora di più se messo a confronto con il crocifisso. La croce, infatti, non solo non è un'arma (seppure, in effetti, una croce di metallo di un certo peso e importanti dimensioni può essere usata

³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, 23 giugno 2010, dove si afferma «l'irrelevanza della finalità del porto – anche in pubblico – di tale coltello, poiché l'ordinamento giuridico considera la destinazione oggettiva dello strumento, rinveniente dalle sue caratteristiche fisiche, non il soggettivo significato che il titolare vi riconosce. Si tratta, a tutti gli effetti, di un'arma bianca, pericolosa per la sicurezza pubblica».

come tale), ma è stata anche definita dalla Cedu, così come dallo stesso Consiglio di Stato, come un simbolo religioso, ma anche culturale³⁵

Cosa rende un oggetto un simbolo religioso, un altro un'arma e un altro ancora un simbolo anche culturale? Tutte le speculazioni sul punto ad opera di dottrina e giudici nazionali o internazionali, sono insoddisfacenti. Lo stesso vale per i casi di terrorismo perpetuati con dei furgoni che hanno investito ed ucciso persone ai mercatini di Natale in Francia e Germania. Perché per portare la croce o guidare un furgoncino (che possono essere utilizzati dolosamente per uccidere, quindi come armi) non serve un porto d'armi mentre portare un kirpan induce le corti italiane ad applicare la fattispecie penale dell'illecita detenzione di arma seppure questa non sia mai stata usata come tale e, ancor prima, come tale non è nemmeno contemplata da chi la porta? Come potrà sentirsi il soggetto che, convinto di portare un simbolo religioso, si vedrà comminata una conseguenza normativa per un fatto che lui, semplicemente, non capisce come possa essere successo che il suo simbolo sia "diventato" un'arma? Insomma, perché punirlo se vede il sole arancione e non verde?

³⁵ Cfr. *Lautsi vs. Italy*, Grand Chambre Cedu, 18 March 2011. «2.10 Seen in the light of the historical roots of the presence of the crucifix in Italian schools, removing it from where it has quietly and passively been for centuries, would hardly have been a manifestation of neutrality by the State. Its removal would have been a positive and aggressive espousal of agnosticism or of secularism – and consequently anything but neutral. Keeping a symbol where it has always been is no act of intolerance by believers or cultural traditionalists. Dislodging it would be an act of intolerance by agnostics and secularists.

2.11 Millions of Italian children have, over the centuries, been exposed to the crucifix in schools. This has neither turned Italy into a confessional State, nor the Italians into citizens of a theocracy. The applicants have failed to unfurl before the Court any evidence at all that those exposed to the crucifix forfeited in any way their complete freedom to manifest their individual and personal religious belief, or their right to repudiate any religion. The presence of a crucifix in a schoolroom does not seem to have hindered any Italian in his or her liberty to believe or to disbelieve, to embrace atheism, agnosticism, anti-clericalism, secularism, materialism, relativism, or doctrinaire irreligion, to recant, apostatise, or to embrace whatever creed or "heresy" of their choice they find sufficiently appealing, with the same vigour and gusto others freely embrace a Christian faith».

Quest'asimmetria cognitiva incrocia totalmente la sintassi della libertà, cosicché anche il linguaggio occidentale, laico e razionale, ha un implicito importante che proviene dalle religioni. Basti pensare al concetto stesso di secolarizzazione, asse intorno a cui si è sviluppata l'intera tradizione giuridica occidentale. L'idea della netta distinzione tra foro interno e foro esterno, quindi tra soggettivo e oggettivo ha impregnato tutta la classificazione dei fatti, anche giuridica. Ma è evidente che qualcosa va ripensato, e quel qualcosa (che si trova appunto nel termine medio del sillogismo giudiziario) rimane invece troppo spesso ancora dato per certo, per oggettivo.

Il punto fondamentale invece è proprio saper gestire la società rigenerando il nostro spazio di esperienza attraverso un'attività di traduzione che scenda tanto in profondità da considerare la libertà o meglio la sintassi della libertà come qualcosa che può essere articolato in termini differenzialistici, distinguendo soggettivo e oggettivo solo dopo aver riscritto la grammatica e la semantica della soggettività pubblica, dell'intero discorso pubblico, anzi di più: degli stessi fatti. Per farlo, però, è fondamentale rendersi conto che sia secolarizzazione che laicità sono due evoluzioni possibili della società, ma non le uniche e neanche le migliori semplicemente perché per una comparazione che sia davvero tale nessun giudizio di merito dovrebbe essere fatto.

Se la secolarizzazione agisce nella società dal punto di vista antropologico, il paradigma della laicità ha una significazione politico istituzionale: nel diritto sono incapsulate ricette di carattere cognitivo-antropologico nelle quali l'ingrediente religioso è difficile da sostituire, perché è tra i più importanti. Il problema quindi si riduce a un problema di traduzione (da intendersi in termini etimologici, come traslazione) che, per essere davvero risolto, deve includere le religioni, perché queste – contrariamente a quanto si potrebbe pensare – non sono un ostacolo né una causa di conflitto, tutt'altro.

Tutti i saperi religiosi nella loro matrice originaria hanno una plasticità di senso, mentre le incarnazioni istituzionali intendono ad ossificarsi, per questo è utile un dialogo inter-teologico fondato sugli assi generativi dell'esperienza religiosa e non sulle loro incarnazioni storico-istituzionali che si proiettano nella mondanità. Solo così si scopre che le religioni, antropologicamente, attraversano e hanno fasi e caratteristiche

in comune e, per questo, sono in grado di dialogare nel profondo delle società in modalità e con potenzialità che spesso non vengono minimamente compresi.

In modo quasi ossimorico, si è soliti parlare del conflitto tra diritti universali e libertà religiosa ma forse il punto è proprio riscrivere l'universalità dei diritti umani attraverso l'utilizzo delle religioni in chiave antropologica e non istituzionale, come quel luogo in cui effettivamente si genera un orizzonte di intersoggettività. Se così non si facesse, e si continuasse a parlare di conflitti culturali come conflitti religiosi, da un lato si continuerebbe a focalizzare l'attenzione sulla neutralità dei processi di secolarizzazione nella distinzione tra cultura e religione (intesa quest'ultima in termini antropologici), e dall'altra parte si finirebbe per leggere le religioni sulla base delle loro proiezioni mondane e concretizzazioni storiche, del loro farsi esperienza politica-sociale nel tempo. Ma i nuclei di senso antro-poietici che si trovano in tutte le fedi, se colti nella loro dimensione generativa, offrono in realtà un'opportunità per rinnovare i processi di intersoggettività e di rigenerazione di significati del mondo nello specchio dell'altro, un primo reale passo verso di lui nel processo di traduzione/transazione e, in ultima battuta, transizione.

Comprendere profondamente i diritti religiosi non significa solamente soffermarsi sulla dimensione regolativo-normativa ma anche analizzare la dimensione generativa del senso. Così, il potenziale delle religioni non è soltanto quello di far detonare il quadro culturale di riferimento sotto la pressione dell'avvento di persone provenienti da altre parti nel mondo, in uno scontro perpetuo destinato a non risolversi, anzi può essere esattamente l'opposto. Proprio perché siamo tutti, sia collettivamente che individualmente, portatori (consapevoli o meno) di valori che nascono e si sviluppano a partire anche dalle religioni, per poter convivere è necessario trovare una piattaforma di incontro, traduzione e transazione reciproca e, quindi, transizione sociale.

La traduzione dell'alterità è funzionale alla libertà: altrimenti si continuerà a perpetrare una nuova forma di violenza epistemica che sovrappone all'altro un linguaggio che sembra fondato sui fatti ma in realtà è carico di aspetti normativi e assiologici, perché le nostre categoriz-

zazioni sono orientate da valori e, tra questi valori, la tradizione religiosa riveste un ruolo fondamentale.

Per poterci riuscire, tuttavia, sono fondamentali due passaggi: il primo è riconoscere ed intercettare quanta religione si trova in tutte le culture giuridiche così come nelle istanze di riconoscimento avanzate da soggetti individuali o collettivi, frettolosamente etichettate sotto l'etichetta di «cultura» e così marginalizzate come esiziali o sacrificabili.

Il secondo passaggio imprescindibile è abbandonare le dinamiche di dualismo oppositivo tra diritto e religione interne alle democrazie occidentali che, nel vedere le religioni solo come acceleratori di conflitto, non sono state in grado invece di far coglierne il loro potenziale, come interfaccia di traduzione per l'interpretazione delle istanze portate avanti dagli altri.

Così, proprio partendo dalla religione che nelle nostre società “secolarizzate” e “laiche” si dà per espulsa, si può cominciare a pensare alle religioni come un bacino semantico generativo che può contribuire a rinnovare i processi di universalizzazione dei diritti umani. Solo così si potrà passare da una religiosizzazione dei conflitti culturali ad una conversione in senso interculturale dei conflitti religiosi, in esito alla quale si potrebbe allora sì riproporre la distinzione tra foro interno e foro esterno ma mantenendo l'equidistanza necessaria a tutte le religioni, come dovrebbe essere in una società profondamente e realmente democratica.

4. Giustizia come fine, diritto come mezzo: la salus animarum e la riscoperta dell'attualità della teleologia del diritto canonico

Come si è tentato di dimostrare fin qui, l'importanza delle religioni non riguarda solamente quello che è stato o quanto, nel passato, queste abbiano influenzato le categorie e i significati di ogni società. Le religioni possono essere anche la chiave di lettura del presente e un efficace aiuto per il futuro, come una sorta di codice che contribuisce a decifrare un buon numero degli infiniti dati presenti nelle società multiculturali.

Tutte le religioni hanno un carattere plastico e teleologico ma, in questa sede vorrei limitare l'indagine alla disamina del diritto canonico, per due motivi che si dispiegano lungo due direttive opposte ma congiunte nel corso della storia. Il primo motivo, sulla direttrice del tempo passato, è che il diritto canonico è così vicino e familiare alla tradizione occidentale, da essere coincidente con “the religious foundations of western law”. Il secondo motivo, sulla direttrice invece che dal passato passa al presente e al futuro è il carattere profondamente plastico di tutto l'ordinamento canonico, costantemente orientato al suo fine: la *salus animarum* che, secondo il can. 1752, «deve sempre essere nella Chiesa legge suprema». Tra tutte le religioni, infatti, il diritto canonico ha mantenuto un carattere ma anche una strutturazione fortemente teleologici, tanto da poter essere utilizzata come paradigma di traduzione.

Venendo alla direttrice del passato, lungo di essa si ha modo di vedere sia quanta religione sia soluta nella società nonostante la secolarizzazione, sia quanto la chiesa abbia da insegnare rispetto al rapporto tra fine e diritto nel dialogo inter-ordinamentale tra diritto canonico e diritto civile.

Con riferimento all'influenza che il diritto canonico ha avuto nel linguaggio giuridico occidentale, giova ricordare che la stessa idea di diritto, come *directum agere*, che nella prima cristianità qualificava il comportamento retto dell'uomo che agisce secondo giustizia, vale a dire nel rispetto di Dio, è alla base di quei precetti giuridici «honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere» che saranno consacrati dall'imperatore cristiano Giustiniano. Il cristianesimo contribuì fin dall'inizio in modo determinante non solo alla grandezza del diritto di Roma ma alle basi di tutti gli ordinamenti giuridici occidentali, con principi di carattere universale, che attenevano non ad una specifica organizzazione sociale ma all'uomo inteso nel più ampio contesto allora conosciuto.

Un contesto che, oggi, si trova enormemente ampliato nei suoi fini e nei suoi confini dimostrando, *ex post*, quanto l'esperienza canonica abbia influenzato gli ordinamenti secolari negli istituti giuridici, sociali e politici.

Il diritto canonico, da sempre, è chiamato a disciplinare la vita di un'immensa comunità di persone diffusa in tutto in mondo, nasce senza

confini, con una vocazione universale che – in quanto dinamica – ha dovuto fare i conti con il dovere di parlare a una moltitudine di popoli diversi, che vivono nel mondo ma non sono del mondo³⁶, accomunati da un'appartenenza ad un ordinamento in qualche modo trasversale e allo stesso tempo orizzontale che, per rimanere tale, ha mantenuto vivido ed evidente il suo fine teleologico e il suo aspetto solidaristico-comunitario.

In questo senso, è emblematico il rapporto tra la chiesa, il diritto e la giustizia, caratterizzato da una plasticità del diritto che in modo evidente rispetto al concetto della *salus animarum* ha mantenuto spiccato ed evidente il suo carattere teleologico dovendo affrontare il rapporto tra il diritto canonico e la dimensione salvifica della Chiesa ma, ex ante, il rapporto stesso tra chiesa e diritto.

In ragione di questi aspetti, così come della fondazione di tutto l'ordinamento canonico nel diritto divino, il rapporto tra la Chiesa e il diritto è stato, e per certi versi è ancora, assai controverso e problematico³⁷.

³⁶ Molto evocativa in questo senso la Lettera di Diogeneto, *I Cristiani nel mondo*: «I cristiani non si differenziano dagli altri uomini né per territorio, né per il modo di parlare, né per la foggia dei loro vestiti. Infatti non abitano in città particolari, non usano qualche strano linguaggio, e non adottano uno speciale modo di vivere. Questa dottrina che essi seguono non l'hanno inventata loro in seguito a riflessione e ricerca di uomini che amavano le novità, né essi si appoggiano, come certuni, su un sistema filosofico umano. Risiedono poi in città sia greche che barbare, così come capita, e pur seguendo nel modo di vestirsi, nel modo di mangiare e nel resto della vita i costumi del luogo, si propongono una forma di vita meravigliosa e, come tutti hanno ammesso, incredibile. Abitano ognuno nella propria patria, ma come fossero stranieri; rispettano e adempiono tutti i doveri dei cittadini, e si sobbarcano tutti gli oneri come fossero stranieri; ogni regione straniera è la loro patria, eppure ogni patria per essi è terra straniera».

³⁷ La dottrina è arrivata a chiedersi «se, dinanzi alla fede della stessa Chiesa, il fenomeno giuridico denominato diritto canonico sia o meno una realtà autentica o legittima della Chiesa. [...] La tesi secondo cui l'essere del diritto è in radicale contrasto con l'essere della Chiesa, in modo tale che il 'diritto ecclesiale' sarebbe una *contradictio in terminis*, costituisce il nucleo del c.d. antiggiuridismo canonico». Così C.J. ERRÀZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Torino, 2020, pp. 4-5. L'A. analizza nel primo capitolo gli antiggiuridismi classici che muovono da una visione spiritualistica della Chiesa e gli antiggiuridismi che identificano il diritto con quello statale.

L'esperienza canonistica discute costantemente il rapporto tra diritto divino e legge ecclesiastica ossia tra l'idea normativa che si fissa sostanzialmente sui significati generati all'interno di una comunità nel contingente e le potenzialità critiche che riposano nel diritto divino³⁸.

Questo dualismo, a ben vedere, si ripresenta in tutta l'essenza ecclesiologica, in una costante dialettica tra opposti che nella Chiesa convivono in relazione costante: tra l'*ecclesia militans* e l'*ecclesia triumphans*, tra storia ed eternità, tra spirito e carne, tra il Dio che è anche uomo impersonificando il Verbo nella persona di Cristo. Nel celebre passo giovanneo «E il verbo si fece carne» (Gv 1,14) si concretizza un rapporto tra elementi incommensurabili: l'invisibile ed il visibile, il divino e l'umano, lo spirito e la carne. Tutta la dottrina ecclesiologica e l'intero ordinamento canonico si fonda su questa base cristologica: l'essere e la missione della Chiesa sono indissolubili da Cristo, non solo perché il Dio – uomo ne è il Fondatore, ma anche perché è il capo (nella metafora paolina da intendersi come testa) della Chiesa che è il suo Corpo.

L'umanità di Cristo e l'Incarnazione di Dio sono la chiave di lettura di tutta le realtà della Chiesa in apparenza scandita da ritmi dicotomici: Dio si è incarnato in una persona umana, Gesù Cristo, come la Chiesa, realtà spirituale, si incarna in un corpo sociale che vive nella storia. Lo ribadisce bene uno dei documenti più importanti del Concilio Vaticano II, la Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*: «come la natura assunta serve al Verbo divino da vivo organo di salvezza, a Lui indissolubilmente unito» così «allo spirito di Cristo, che la vivifica, per la crescita del corpo seve l'organismo sociale della Chiesa»³⁹. Questa realtà divina

³⁸ In risposta a tali problematiche, Bellini affermò che «l'ordinamento giuridico divino, rivelato e naturale, in quanto si trasfonde in un fatto *sociale* di coscienza, immediatamente operativo» non si risolve per la Chiesa in una mera istanza etica ma è «esso medesimo un dato del reale normativo». Così P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Dir. eccl.*, 1957, I, 140.

³⁹ Nella parte intitolata *La Chiesa realtà visibile e spirituale*, il documento Conciliare spiega come «Cristo, unico mediatore, ha costituito sulla terra e incessantemente sostenuta la sua Chiesa santa, comunità di fede, di speranza e di carità, quale organismo visibile, attraverso il quale diffonde per tutti la verità e la grazia. Ma la società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa arricchita di beni celesti, non si devono considerare come due cose diverse; esse formano piuttosto una sola complessa realtà risultante di

e umana al tempo stesso è così la continuazione del mistero dell'Incarnazione con cui da un lato si ribadisce che Cristo è capo della sua Chiesa, ma dall'altro che le membra che costituiscono il suo corpo mistico, i fedeli, vivono un rapporto di relazione fondamentale e fondante la Chiesa stessa e il suo diritto.

Non a caso Gesù va oltre l'ordinamento del Decalogo di «amare Dio con tutto il cuore e con tutta la mente», aggiungendo anche l'amore verso «il prossimo»: il Dio neotestamentario compie anche in questo senso una *renovatio* e fa ancora una volta «nuove tutte le cose», rinunciando al monopolio normativo con cui aveva dettato i comandamenti e chiamando l'uomo a partecipare alla produzione delle norme che lo riguardano, anzi di più: lo invita a rifondare e riformulare continuamente ed insieme i contenuti normativi del precetto della carità⁴⁰.

La Rivelazione cristiana opera sia nel rapporto con l'Alto, in senso verticale, che in quello con l'Altro, su un piano orizzontale, riconducendo così «all'unica ed originaria dinamica delle relazioni trinitarie ('Oeconomia-Dispensatio') per permettere all'uomo di riscoprire in sé quell'immagine di Dio che, in qualche modo, lo rende partecipe alla vita di Lui e quindi anche alla Sua primigenia attività normatrice»⁴¹.

Anche il concetto di sacerdozio comune» enunciato proprio a partire dal Concilio Vaticano II⁴², sottolinea l'apertura da parte della Chiesa ad

un duplice elemento, umano e divino. Per una analogia che non è senza valore, quindi, è paragonata al mistero del Verbo incarnato. Infatti, come la natura assunta serve al Verbo divino da vivo organo di salvezza, a lui indissolubilmente unito, così in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa serve allo Spirito di Cristo che la vivifica, per la crescita del corpo (cfr. Ef 4,16)». Così *Lumen Gentium*, n. 8.

⁴⁰ Il legame solidaristico ed essenziale che unisce tutti gli individui nel popolo di Dio è ben ribadito nella Costituzione Dogmatica *Lumen Gentium*, sotto il titolo *nuova alleanza e nuovo popolo*, nn. 9-11.

⁴¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico (nel raffronto con gli altri ordinamenti e nell'«economia» del «diritto divino rivelato»*, in *Ius Ecclesiae*, 1/1989, p. 143.

⁴² «Cristo Signore, pontefice assunto di mezzo agli uomini (cfr. Eb 5,1-5), fece del nuovo popolo «un regno e sacerdoti per il Dio e il Padre suo» (Ap 1,6; cfr. 5,9-10). Infatti per la rigenerazione e l'unzione dello Spirito Santo i battezzati vengono consacrati per formare un tempio spirituale e un sacerdozio santo, per offrire, mediante tutte le attività del cristiano, spirituali sacrifici, e far conoscere i prodigi di colui, che dalle tenebre li chiamò all'ammirabile sua luce (cfr. 1 Pt 2,4-10). Tutti quindi i discepoli di

un dialogo partecipativo con tutti i fedeli e ribadisce il carattere fortemente relazionale del diritto canonico che mantiene la sua intrinseca *rationabilitas* solo nella misura in cui non viene tradito il suo carattere teleologico fondamentale: la *salus animarum*.

Già Paolo spiegava a più riprese l'irriducibile opposizione tra due percorsi alternativi verso la giustizia: uno costruito sulle opere della Legge, l'altro fondato sulla grazia della fede in Cristo. L'alternativa fra la giustizia per le opere della Legge e quella per la fede in Cristo diventa così uno dei motivi dominanti che attraversano le sue Lettere⁴³, cosicché coloro che dovrebbero essere giudicati in base alle norme, quanto più si lasciano guidare dallo Spirito che opera in loro e nella Chiesa, tanto più risultano legittimati a essere norma a se stessi, facendo convergere l'essere e il dover essere di Kelsen e superando la tentazione alla reificazione della legge come potestà di governo ecclesiastico.

Cristo, perseverando nella preghiera e lodando insieme Dio (cfr. At 2,42-47), offrano se stessi come vittima viva, santa, gradevole a Dio (cfr. Rm 12,1), rendano dovunque testimonianza di Cristo e, a chi la richieda, rendano ragione della speranza che è in essi di una vita eterna (cfr. 1 Pt 3,15) Il sacerdozio comune dei fedeli e il sacerdozio ministeriale o gerarchico, quantunque differiscano essenzialmente e non solo di grado, sono tuttavia ordinati l'uno all'altro, poiché l'uno e l'altro, ognuno a suo proprio modo, partecipano dell'unico sacerdozio di Cristo [...]. Inoltre lo Spirito Santo non si limita a santificare e a guidare il popolo di Dio per mezzo dei sacramenti e dei ministeri, e ad adornarlo di virtù, ma «distribuendo a ciascuno i propri doni come piace a lui» (1 Cor 12,11), dispensa pure tra i fedeli di ogni ordine grazie speciali, con le quali li rende adatti e pronti ad assumersi vari incarichi e uffici utili al rinnovamento e alla maggiore espansione della Chiesa secondo quelle parole: «A ciascuno la manifestazione dello Spirito è data perché torni a comune vantaggio» (1 Cor 12,7). E questi carismi, dai più straordinari a quelli più semplici e più largamente diffusi, siccome sono soprattutto adatti alle necessità della Chiesa e destinati a rispondervi, vanno accolti con gratitudine e consolazione. *Lumen Gentium*, nn. 10-12.

⁴³ «Noi, che per nascita siamo Giudei e non pagani peccatori, sapendo tuttavia che l'uomo non è giustificato per le opere della Legge, ma soltanto per mezzo della fede in Gesù Cristo, abbiamo creduto anche noi in Cristo Gesù, per essere giustificati per la fede in Cristo e non per le opere della Legge; poiché per le opere della Legge non verrà mai giustificato nessuno» (Gal 2,15-16). E ai cristiani di Roma ribadisce che «tutti hanno peccato e sono privi della gloria di Dio, ma sono giustificati gratuitamente per la sua grazia, per mezzo della redenzione che è in Cristo Gesù (Rm 3,23-24). E aggiunge «Noi riteniamo, infatti che l'uomo è giustificato per la fede, indipendentemente dalle opere della Legge» (*Ibid.*, 28).

Giova riprendere un passaggio molto significativo di una catechesi tenuta da Benedetto XVI sulla relazione tra la legge e la giustificazione che si soffermava sul concetto di “legge” così come utilizzato da San Paolo perché ripropone in termini più che mai attuali l’assonanza tra l’esperienza del diritto canonico in chiave antropologica rispetto a quelle secolari:

«Ma che cosa significa dunque la Legge dalla quale siamo liberati e che non salva? Per san Paolo, come per tutti i suoi contemporanei, la parola Legge significava la Torah nella sua totalità, cioè i cinque libri di Mosè. La Torah implicava, nell’interpretazione farisaica, quella studiata e fatta propria da Paolo, un complesso di comportamenti che andava dal nucleo etico fino alle osservanze rituali e culturali che determinavano sostanzialmente l’identità dell’uomo giusto. Tra queste, in particolare, vi erano la circoncisione, le osservanze circa il cibo puro e generalmente la purezza rituale, le regole circa l’osservanza del sabato, ecc. Comportamenti che appaiono spesso anche nei dibattiti tra Gesù e i suoi contemporanei. Tutte queste osservanze che esprimono una identità sociale, culturale e religiosa erano divenute singolarmente importanti al tempo della cultura ellenistica, cominciando dal III secolo a.C. Questa cultura, che era diventata la cultura universale di allora, ed era una cultura apparentemente razionale, una cultura politeista, tollerante, costituiva una pressione forte verso l’uniformità culturale e minacciava così l’identità di Israele, che era politicamente costretto ad entrare in questa identità comune della cultura ellenistica con conseguente perdita della propria identità, perdita quindi anche della preziosa eredità della fede dei Padri, della fede nell’unico Dio e nelle promesse di Dio. Contro questa pressione culturale, che minacciava non solo l’identità israelitica, ma anche la fede nell’unico Dio e nelle sue promesse, era necessario creare un muro di distinzione, uno scudo di difesa a protezione della preziosa eredità della fede; tale muro consisteva proprio nelle osservanze e prescrizioni giudaiche. Paolo, che aveva appreso tali osservanze proprio nella loro funzione difensiva del dono di Dio, dell’eredità della fede in un unico Dio, ha visto minacciata questa identità dalla libertà dei cristiani: per questo li perseguitava. Al momento del suo incontro con il Risorto capì che con la risurrezione di Cristo la situazione era cambiata radicalmente».

In questa ricostruzione c'è tutto: una cultura ritenuta allora universale, con delle leggi religiose che sono diventate un tutt'uno con l'identità comune e la cultura dominante, la fase della *renovatio* e del «terremoto semantico» che, nel caso di Paolo, si concretizzano in una caduta da cavallo sulla via di Damasco, un significato nuovo da ascrivere alla legge e al diritto, inteso irrinunciabilmente connesso al fine della salvezza delle anime in forza della fede. Questo tipo di dinamiche accompagna da sempre la moltiplicazione dei piani normativi: ogni volta che si sovrappongono i piani normativi avviene la relativizzazione del precedente e non soltanto in ambito confessionale, ma come esperienza antropologica: basti pensare a quando si è sovrapposto il piano delle costituzioni rigide allo statalismo legislativo dell'Ottocento dove improvvisamente la legge da metro dell'uguaglianza finisce per essere essa stessa ritmata dalla sua funzionalità rispetto ai valori e ai principi-fini che nel diritto canonico si ritrova nella dialettica tra *equitas* e *salus animarum*.

L'ordinamento canonico, lungi dal presentarsi come statico, si propone fin dagli albori come l'esperienza che offre le condizioni più propizie per il superamento di quelle aporie e di quelle contraddizioni del fenomeno giuridico, recentemente messe in luce non solo dalla dottrina ma anche, anzi soprattutto, dalla realtà.

Superata la concezione positivistica del diritto⁴⁴ per la quale esso coincide con il comando posto da coloro che hanno l'autorità per im-

⁴⁴ La Chiesa ha dovuto sa sempre affrontare contestazioni anti-giuridiciste di varia natura, a partire dall'anti-giuridicismo spiritualistico che, rifiutando la Chiesa istituzionale e giuridica, ne esaltava e sottolineava la natura esclusivamente spirituale. Al di là delle varie interpretazioni, rimane emblematico il gesto di Lutero che, tra gli altri documenti, gettò pubblicamente alle fiamme nel 1520 il *Corpus iuris canonici*, ossia l'insieme dei libri contenenti il diritto universale della Chiesa. Il massimo esponente teorico di questa linea, a distanza di secoli, fu il giurista luterano Rudolf Sohm, il quale sostiene l'esistenza di una netta contraddizione tra il diritto della Chiesa, considerato come realtà mondana dall'indole formale e legata alla forza e al potere sociale meramente umano, e l'essenza della Chiesa, vista come realtà spirituale ed invisibile. Cfr. R. SOHM, *Kirchenrecht*, II ed., Berlin, 1923. Per quanto riguarda il superamento della concezione positivistica del diritto canonico, si deve invece aspettare il periodo a cavallo dei lavori preparatorio e poi dell'emanazione delle due codificazioni del 1917 prima e del 1983 dopo. In questo frangente, infatti, si aprì un forte dibattito sull'essere e il

porlo, la Chiesa ha intuito ben prima di qualsiasi ordinamento statale quanto sia fondamentale riprendere l'aspetto teleologico e in questo sta tutto l'insegnamento che l'esperienza antropologica del diritto canonico può impartire. Nel tentativo di attuare un ordine di giustizia ostensivo del precetto fondamentale della carità evangelica persegue il fine ultimo della *salus animarum*, sia dell'individuo che dell'intera comunità.

Per queste ragioni l'ordinamento canonico genuinamente inteso dovrebbe essere sempre letto in chiave processiva, essendo impossibile – per mantenerne la *rationabilitas* – fissare o irrigidire in schemi che for-

fondamento del diritto nella Chiesa. All'interno della canonistica, in particolare, si distinsero due correnti. La prima corrente, insistendo sul diritto canonico come *realtà teologica*, si rifaceva a Klaus Morsdorf che, in risposta alla critica di Sohm, evidenziava che il diritto appartiene intrinsecamente alla Chiesa, sostenendo che il carattere giudicio si deve riconoscere nella Parola e nel Sacramento, che appaiono quindi come realtà intrinsecamente giuridiche. Cfr. K. MORSDOFF, *Fondamenti del diritto canonico*, trad. a cura di S. TESTA BAPPENHEIM, Venezia, 2008. Eugenio Corecco, allievo del professore di Monaco di Baviera, radicalizza la visione del suo maestro accentuando il totale distacco del diritto canonico rispetto al diritto secolare, sostenendo che i due non sarebbero diritto nello stesso senso, giacché il primo di riferisce alle virtù teologali (la carità in primis) e il secondo a quelle cardinali (tra cui la giustizia del *ius suum cuique tribuendi*, che nella Chiesa sarebbe superata dalla carità). Tale corrente ha contribuito alla presa di coscienza dell'indole soprannaturale del diritto della Chiesa ma ha mancato di approfondirne l'essenza. E. CORECCO, *Ius et communio. Scritti di diritto Canonico*, a cura di G. BORGONOVO, A. CATTANEO, Milano, 1997; E. CORECCO, A. ROUCO VARELA, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa?*, Milano, 1971. La seconda corrente è rappresentata da quegli autori che hanno tentato di meglio comprendere il diritto canonico come vero diritto. Spicca qui la scuola che fa capo a Pedro Lombardia e Javier Hervada, professori a Pamplona (Navarra). In questi autori si è verificato un interessante processo di chiarificazione ed approfondimento del diritto nella Chiesa. Discostandosi da ogni positivismo giuridico (che riduce il diritto alle norme umane positive), essi hanno dapprima preso coscienza dell'indole veramente giuridica del diritto divino (sia naturale che rivelato), come aspetto integrante assieme al diritto umano l'unico ordine giuridico della Chiesa. Poi si sono resi conto che il diritto canonico non è solo disciplina e autorità, ma anche legittima libertà dei fedeli. I diritti fondamentali dei fedeli si fondano sulla verità della Chiesa e perciò non si contrappongono alla disciplina e all'autorità. Merita menzione la circostanza per cui negli ultimi anni Hervada si era avvicinato ad un'impostazione teleologica, iniziando a vedere il diritto come oggetto e fine della giustizia. Cfr. J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), 629-658; ID., *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Venezia, 2007, 27-64.

malizzino e cristallizzino in modo inadeguato rispetto ai fini le posizioni dei soggetti. A tal fine, al suo interno esistono diversi istituti⁴⁵ che, nel loro insieme, «rappresentano un concentrato di antiformalismo»⁴⁶ e che ne costituiscono un patrimonio insopprimibile perché concretizzano fattivamente la dinamicità e la flessibilità necessarie ad assicurare il perseguimento del fine. Il diritto canonico risulta allora essere l'esperienza che stabilisce nei termini più espliciti e radicali il collegamento tra gli elementi formali (o di struttura) e quelli materiali (o di contenuto), ma anche tra il valore rappresentato dal «potere» o principio costituente e quello rappresentato dai «soggetti costituiti», destinatari delle norme ma anche legislatori e interpreti.

L'utilità del paradigma del diritto canonico, con la sua dimensione espressamente teleologica e dinamica, diviene ancor più evidente se applicata al concetto di giustizia. Assumendo l'idea di giustizia, intesa come fine strutturante i mezzi normativi costitutivi degli ordinamenti secolari e religiosi, quale asse di traduzione linguistica e spaziale tra di essi il diritto canonico può fungere da modello di interfaccia di traduzione che disinnesca la dinamica di schieramento oppositivo tra le sorgenti rispettivamente secolari e religiose di produzione di senso e di normatività.

Nel diritto canonico, infatti, si sottolinea la dimensione relazionale del diritto, poiché se il diritto è lo strumento adeguato per l'attuazione

⁴⁵ Basta pensare alla già citata sottrazione delle cause sugli status soggettivi al passaggio in giudicato della sentenza o a qualsiasi soluzione transattiva e compromissoria (can. 1643 e can. 1715, § 1) (102). Sempre per gli stessi motivi l'ordinamento giuridico canonico si mostra refrattario ad essere irrigidito in un assetto statico e definitivo, sia pure attraverso un atto della suprema autorità ecclesiastica: anche i provvedimenti emanati da quest'ultima non possono infatti creare certezze giuridiche assolute, in quanto possono essere disapplicati, sospesi, derogati, modificati, annullati, con il ricorso ad una serie di istituti come la «dispensa» (can. 85-93), la «dissimulazione», la «tolleranza», la «grazia», il «privilegio» (can. 76-84), l'«indulgenza» (can. 992 ss.), la «legge particolare» (can. 8, 52), la «consuetudine» contraria alla legge (universale o particolare) (can. 26), la «*prorogatio competentiae*» (can. 144), la «sanatoria» (can. 1161-1165), la «recezione», il «dissenso» (can. 41), la caratteristica rilevanza offerta alla «ignoranza» o all'«errore di diritto» (can. 15, come regola generale; can. 1099 e can. 1323, n. 2, come esempi di regole particolari).

⁴⁶ S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, cit., p. 147.

del giusto, e giusto è ciò che è conforme alle esigenze essenziali dell'uomo, la conoscenza delle norme empiriche non può prescindere dal considerare queste esigenze e questo disegno è e deve rimanere un orizzonte aperto, non chiuso, di relazioni e in relazione all'uomo che, nel misterioso disegno di Dio ma proprio perché fatto a Sua immagine e somiglianza, rimane libero.

E se, come diceva sant'Agostino, «non est ius, ubi nulla iustitia est» e «ubi iustitia vera non est, nec ius potestate esse», la riconsiderazione della relazione tra forma e fine potrebbe essere fatta rispetto agli ordinamenti secolari non solo in chiave inter-legale ma anche cognitivo-metaforica, proprio a partire dal diritto canonico. La valenza antropologico-cognitiva del diritto canonico, supera la barriera della secolarizzazione proprio perché il sovrapporsi del piano costituzionale sta avvicinando il modo di pensare il diritto con la fisionomia che da sempre è rimasta e permane nell'ordinamento canonico.

Venendo alla direttiva del presente e del futuro dell'utilità del diritto canonico, essa pone in rilievo quanto la dimensione teleologica possa fungere da interfaccia di traduzione tra dimensione secolare e dimensione religiosa. Il carattere teleologico è utile ai fini della traduzione, perché i fini, nel momento in cui traduci, consentono la plasticità dei mezzi, un po' come la metafora in cui un elemento qualificativo assiologico viene reificato al punto da unificare in un unico circuito categoriale categorie che inizialmente sembrano incompatibili o incommensurabili perché totalmente differenziate.

Le categorie teleologiche sono transcategoriali, rispetto alle categorie empiriche, ma è proprio grazie a questo che si riescono a costruire metafore che uniscono nella stessa categoria ai fini dell'esperienza cose che apparentemente sembrano categorizzate in modo diverso.

Dalla circostanza che tanto l'ordinamento canonico quanto gli ordinamenti statali multilivello divengono strutture semantiche dinamiche, cioè orientate dai fini, si acquisisce la possibilità di tradurre in maniera plastica e metaforica, perché una parola nell'ordinamento canonico diviene un'altra parola nell'ordinamento statale.

Un esempio concreto può aiutare a comprendere meglio. Nel codice civile italiano il dolo non è previsto come causa di nullità del matrimonio, mentre lo è nel diritto canonico. Come si fa a recepire nel nostro

ordinamento la sentenza di nullità fondata sul dolo? Siccome nel nostro ordinamento l'errore può essere causa di annullamento in materia matrimoniale, allora hanno ritenuto che il dolo sia equivalente all'errore indotto. Siccome lo sfondo di senso che riguarda l'affidamento incolpevole dell'altro e l'autenticità della manifestazione di volontà costituisce un elemento comune di continuità tra ordinamento canonico e ordinamento statale, i giudici hanno fatto una traduzione metaforica tra dolo ed errore indotto e hanno ritenuto quelle sentenze comunque ascrivibili, anzi per usare un termine tecnico, delibabili, all'interno dell'ordinamento italiano. Ecco che l'elemento finalistico, la tutela della persona, orienta il mezzo e dal dolo (irrilevante nell'ordinamento civile) per il comune fine dei valori si passa all'errore indotto (presente come causa di nullità anche per le leggi dello Stato).

Da questo semplice esempio è facile capire come la connessione mezzi/fini sia la chiave di volta: poiché i fini sono molto più plastici, e consentono la traduzione orizzontale tra mezzi differenti, i fini stessi si fanno in qualche maniera interfaccia di traduzione. Per questo i diritti umani vanno usati orizzontalmente e non gerarchicamente, come se includessero in sé stessi già gli schemi di qualificazione del comportamento. Quando si usano i diritti umani come interfaccia di traduzione, improvvisamente ci si rende conto che mezzi diversi elaborati da diversi ordinamenti possono essere unificati in termini categoriali. Se l'ordinamento che riceve non lo fa, paradossalmente entra in contrasto con i fini che fungono come fondamento di legittimazione delle sue previsioni normative a livello primario. Se i giudici non avessero recepito il dolo come equivalente rispetto all'errore indotto con riferimento al fine della tutela dell'affidamento incolpevole e della presunzione di autenticità della manifestazione di volontà come elementi costitutivi del contratto matrimoniale, avrebbe penalizzato lo stesso ordinamento statale togliendo tutela a quei valori che nell'ordinamento devono essere tutelati. Anche l'ordinamento statale ha dimostrato di essere in grado di trasformarsi in senso teleologico, grazie al sovrapporsi del piano costituzionali che supera le previsioni leggi-centriche dell'Ottocento in cui il diritto era coincidente con la legge, improvvisamente si vede che dall'esperienza canonistica che questo l'ha sempre avuta nasce un elemento di gestione dei rapporti tra stati secolari e religioni che è straordina-

riamente potente perché la libertà nella misura in cui riconfigura la stessa struttura categoriale, legittima la sussunzione di certi comportamenti dentro schemi normativi che altrimenti li espellerebbero, divenendo così asse di traduzione tra ordinamenti. Tutte le differenze morfologiche possono essere relativizzate rispetto ai fini, tanto che questi ultimi si rivelano fungibili per la tutela degli stessi valori che legittimano le normative nazionali che invece gli espungerebbero, semplicemente perché non attinenti “strettamente” alla stessa categoria.

I diritti umani accoglierebbero le differenze prodotte ma la lettura che corti sovranazionali e nazionali si ostinano a fare è quella che li identifica con previsioni normative positive. L'altro viene considerato come ostile o distanti nei suoi comportamenti, semplicemente perché è diverso.

Ecco perché il rapporto tra diritto canonico e diritto statale è in sé stesso già un rapporto interculturale: viene gestito attraverso queste equivalenze metaforiche, non solo per i valori, ma anche a livello positivo e processuale⁴⁷.

Nel dialogo tra dinamica normativa canonistica e funzionalità del piano legislativo a quello costituzionale si rintraccia così l'interfaccia semantica e assiologica per la traduzione inter-ordinamentale tra le due dimensioni dell'esperienza giuridica. In termini teorici, si deve riconsiderare in chiave inter-legale ma anche cognitivo-metaforica la relazione tra forma e fine. Così, il superamento di una serie di postulati teorici e di principi pratici come la territorialità, la nazionalità e la statalità del diritto che avevano estromesso il diritto della Chiesa dagli ordinamenti

⁴⁷ Sempre con riferimento alla materia matrimoniale, ma sul piano processuale, un esempio concreto è dato dall'equiparazione della dichiarazione di definitività della Segnatura apostolica delle sentenze ecclesiastiche (che, per definizione, non passano mai in giudicato) al passato in giudicato per gli ordinamenti civili. Poiché nell'ordinamento canonico le sentenze in materia personale possono sempre essere revocate ma nell'ordinamento civile questo confliggerebbe con i principi alla base dell'istituto del passato in giudicato (il *ne bis in idem* ma anche la certezza del diritto e dei provvedimenti emessi dagli organi giurisdizionali), l'ordinamento civile ai fini della delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale compie una trans-duzione, sussumendo in una metafora due situazioni che, se prese solo formalmente, o positivamente, sarebbero profondamente diverse e per tanto non funzionali alla tutela di valori che invece sono comuni.

secolari (pur non cancellando, come si è cercato di dimostrare, il ruolo che questo ha ed ha avuto) restituiscono al diritto canonico il suo giusto ruolo e la sua giusta importanza, non solo rispetto al passato ma, soprattutto, nel presente e ancor più nel futuro.

In conclusione, il diritto della Chiesa insegna quale sia il fine ultimo del diritto, perché il diritto non abbia fine: rimettere al suo centro una reale ricerca della giustizia, mantenendo vivo e attuale l'aspetto teleologico, che è sempre rimasto al centro dell'esperienza giuridica canonica mentre negli ordinamenti secolari è troppo spesso soffocato da un formalismo che finisce per delegittimare le basi stesse di quelle società che si definiscono democratiche, in Francia come in Italia e nel resto del mondo.

LA VULNÉRABILITÉ, LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LES RESPONSABILITÉS EN EUROPE GLOBALISÉE

*Damien Bonnerot**

SOMMARIO: 1. Un prisme révélateur de la construction du droit à partir de situations et d'objectifs. 1.1. Des objectifs atteignables par l'exercice multifacette de la souveraineté. 1.2. Des objectifs atteignables par différents moyens. 2. Un prisme de nature à accroître les mobilisations. 2.1. Des mobilisations autour de valeurs. 2.2. Des mobilisations ambivalentes.

Résumé

Le principe de précaution peut être un outil pertinent qui contribue à la mise en œuvre de transitions juridiques afin d'aboutir à des transitions sociétales de grande ampleur, compte tenu des situations de vulnérabilité inhérentes aux modes de vie actuels. Les responsabilités représentent, quant à elles, des outils destinés à permettre une meilleure application du droit déjà existant. Le droit de la responsabilité ne semble donc pas être, de prime abord, de nature à emporter des transitions. Les questions qui relèvent du droit de la responsabilité et à travers elles la perspective de subir un dommage grave et irréversible sont toutefois de nature à accroître les mobilisations afin de mettre en œuvre la transition vers une société davantage préventive ou protectrice.

Abstract

The precautionary principle can be a relevant tool that contributes to the implementation of legal transitions aimed at achieving large-scale societal transitions, given the vulnerabilities inherent in current lifestyles. Legal responsibilities, on the other hand, serve as instruments designed to enable better enforcement of existing law. Thus, legal responsibilities does not initially appear to be inherently suited to driving transitions. However, issues related to liability law – and, through them, the prospect of suffering serious and irreversible harm – are likely to increase efforts to implement the transition toward a more preventive or protective society.

* Docteur en Droit public, Centre de recherche Droit et Perspectives du Droit (CRDP), Équipe de Recherche en Droit Public (ERDP), Université de Lille.

Riassunto

Il principio di precauzione può essere uno strumento importante, che contribuisce all'attuazione di transizioni giuridiche volte a realizzare transizioni sociali su larga scala, tenendo conto delle situazioni di vulnerabilità insite negli stili di vita odierni. La responsabilità, invece, è uno strumento concepito per consentire una migliore applicazione del diritto esistente. Pertanto, il diritto della responsabilità non apparirebbe intrinsecamente adatto a guidare le transizioni. Tuttavia, le questioni che riguardano la responsabilità giuridica – e, attraverso di esse, la prospettiva di subire danni gravi e irreversibili – potrebbero aumentare gli sforzi per attuare la transizione verso una società più preventiva o protettiva.

La vulnérabilité, qui n'est mentionnée par aucun des traités européens, est une notion hétéroclite dont le contenu n'est pas exhaustivement listé en droit. La vulnérabilité correspond à une situation proche de, voire similaire à, la fragilité¹ et la faiblesse², dans laquelle se trouve une personne, un groupe de personnes – patient, consommateur, enfant, femme enceinte, travailleur, passager d'un avion, détenu, victime d'infraction –, un établissement, un site environnemental, un écosystème ou un secteur d'activité économique, qui doit bénéficier d'une protection effective³.

La vulnérabilité peut traduire, au plan juridique, l'expression issue du langage courant de «situation particulièrement difficile». Celle-ci suppose l'existence de circonstances soit qui présentent, par leur nature, un degré élevé de gravité ou de pénibilité pour la personne concernée, soit qui l'exposent à un niveau élevé de précarité excédant les aléas habituels d'une vie normale⁴.

En sa qualité de fondement de la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement⁵, le principe de précaution qui n'est

¹ CJUE, 7 avril 2016, C 186/14 P et C 193/14 P, Arcelor Mittal.

² CJUE, 14 mai 2024, C-15/24 PPU [Stachev] (i).

³ CJUE, 11 juillet 2018, C-15/17, Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp. c. Rajavartholaitos; CEDH, 2 février 2021, n°22457/16, X et autres c. Bulgarie.

⁴ CJUE, 12 septembre 2024, C-63/23, Sagrario, Joaquín, Prudencio c. Subdelegación del Gobierno en Barcelona.

⁵ Article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326/47 du 26 octobre 2012.

pas applicable en cas de risque purement hypothétique, permet à une autorité publique de prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité des risques sanitaires ou environnementaux soient pleinement démontrées. Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives⁶.

Le principe de précaution est le fondement de règles du droit dérivé de l'Union européenne, par lesquelles il convient d'accorder une attention particulière à la protection des groupes vulnérables, afin d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et animale et de l'environnement, tout en améliorant parfois le fonctionnement du marché intérieur⁷.

Au demeurant, l'appréciation d'une situation de vulnérabilité constitue parfois, comme en matière d'industrie, la première étape d'analyse de l'éventuelle existence d'une menace de préjudice⁸.

La vulnérabilité et le principe de précaution peuvent donc interagir avec les droits de la responsabilité. Cette dernière recouvre l'obligation de réparer ou d'indemniser un préjudice et, par le truchement de la faute, exprime une sanction juridique, potentiellement investie d'une portée morale.

Compte tenu de ces recoupements, la question est de savoir si au travers du prisme précité, le droit peut davantage être perçu comme un ensemble d'artifices adéquats que comme un dispositif artificiel, en matière de transition au sein de l'Europe globalisée, «marquée par l'existence d'espaces publics et de systèmes juridiques intégrés dont l'Union

⁶ CJUE, 28 janvier 2010, C-333/08, Commission c. France ; 19 janvier 2017, C-282/15, Queisser Pharma GmbH & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland; 15 mai 2014, C-521/12, T. C. Briels et autres c. Minister van Infrastructuur en Milieu.

⁷ CJUE, 19 janvier 2023, C-147/21, Comité interprofessionnel des huiles essentielles françaises.

⁸ CJUE, 28 septembre 2023, C-123/21 P, Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd.

européenne constitue la forme la plus aboutie»⁹. Dans ce cadre, il s'agit de distinguer la souplesse du droit de son instrumentalisation car la vulnérabilité et le principe de précaution obligent à un traitement de l'information adapté aux objectifs que le droit poursuit¹⁰.

Partant, le droit relève d'un ensemble d'artifices adéquats (1) de nature à responsabiliser et accroître les mobilisations dans le but de répondre aux situations de vulnérabilité ou de risque incertain (2).

1. Un prisme révélateur de la construction du droit à partir de situations et d'objectifs

La définition de ces objectifs s'opère par l'exercice multifacette de la souveraineté (1.1). Ce qui favorise l'essor d'instruments juridiques tournés vers l'action (1.2).

1.1. Des objectifs atteignables par l'exercice multifacette de la souveraineté

Bien qu'il se trouve intégré au système juridique des différents Etats membres de l'Union européenne, l'ordre juridique propre à celle-ci n'appartient pas à l'ordre institutionnel des Etats membres qui la composent. De telle sorte que les institutions européennes ne constituent pas des assemblées souveraines dotée d'une compétence générale et qui auraient vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale¹¹. Or, le principe de la responsabilité de l'État, pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit de l'Union européenne qui lui sont imputables, est inhérent au système des traités qui fondent ladite Union¹².

Partant, les condamnations prononcées au titre des contentieux européens de la responsabilité, permettent d'assurer la pleine efficacité du

⁹ E. CARTIER, *L'appel aux devoirs civiques dans le cadre de la crise sanitaire: une redéfinition de la dynamique de confiance en trompe-l'œil*, in E. BERNARD, F. GRABIAS (dir.), *La confiance en temps de crise*, Bruxelles, 2021, p. 65.

¹⁰ CJUE, 4 mai 2016, C-547/14, *The Queen c. Secretary of State for Health*.

¹¹ CC, 9 avril 1992, n°92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*.

¹² CJUE, 24 novembre 2022, C-289/21, *IG c. Varhoven administrativen sad*.

droit de l'Union européenne et la protection effective des droits que les particuliers en tirent. Ces condamnations ne procèdent donc pas de l'exercice direct de la souveraineté. Alors que les droits et devoirs réciproques entre un Etat membre de l'Union européenne et ses ressortissants sont les fondements du lien de nationalité¹³.

La méconnaissance des objectifs définis par l'exercice multifacette de la souveraineté, à partir desquels le droit de l'Union européenne est construit, peut néanmoins engager la responsabilité des autorités publiques à devoir réparer ou indemniser un préjudice.

Cela s'avère être le cas lorsque la souveraineté qui conduit le droit de l'Union à répondre aux situations de vulnérabilités, procède du respect des droits fondamentaux, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Il peut s'agir ici, pour chaque État membre de l'Union européenne, de veiller à ce que les victimes d'infraction pénale qui sont reconnues comme particulièrement vulnérables, bénéficient d'un traitement spécifique pour que le droit à un procès équitable soit respecté¹⁴. Il peut s'agir encore de reconnaître l'existence d'un droit à un congé maternité de la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante, rendu nécessaire par la vulnérabilité dans laquelle elle se trouve¹⁵.

Compte tenu de l'objectif général de protection de l'environnement qu'il poursuit, le principe de précaution ne permet d'ailleurs pas de considérer que des particuliers ou des catégories de particuliers se seraient, soit explicitement soit implicitement, vus conférer des droits individuels. De ce fait, la méconnaissance du principe de précaution ne devrait pas aboutir directement à la condamnation d'une autorité publique prononcée au titre du droit de l'Union européenne de la responsabilité, pour ne pas avoir pris les mesures de protection qui s'imposent pour parer à la

¹³ CJUE, 2 mars 2010, C-135/08, Janko Rottman c. Freistaat Bayern.

¹⁴ CJUE, 16 juin 2005, C-105/03, Maria Pupino.

¹⁵ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) Journal officiel n°L 348 du 28.11.1992, pp. 0001-0008.

réalisation d'un dommage grave et irréversible qui pourrait être à l'origine d'une situation de vulnérabilité.

Les particuliers doivent toutefois pouvoir obtenir des autorités nationales, le cas échéant en saisissant les juridictions compétentes, l'adoption des mesures de protection requises par application dudit principe de précaution¹⁶.

La souveraineté nationale aboutit également à l'exercice commun de compétences que les Etats transfèrent aux institutions de l'Union européenne, avec les responsabilités qui en découlent. Les clauses du traité qui prévoient ces transferts de compétences appellent d'ailleurs une révision de la Constitution, lorsque ces mêmes compétences affectent les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans des domaines ou selon des modalités autres que ceux prévus par les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de celle-ci¹⁷.

La globalisation européenne est notamment conçue afin de limiter l'exercice de la souveraineté nationale dans le but d'organiser et défendre la paix¹⁸, ainsi que d'attirer des moyens qui manquent à la satisfaction d'objectifs d'intérêt général¹⁹.

En tant que compétence partagée entre les Etats membres de l'Union européenne et ladite Union²⁰, l'aide humanitaire qui devrait être apportée par cette dernière, compte tenu de la complexité et de la variété des vulnérabilités humaines, procède d'une telle démarche.

En effet, s'appuyant sur une longue tradition qui reflète la diversité de ses acteurs, l'action humanitaire de l'Union européenne s'articule autour d'une approche internationale globale. Celle-ci conduit à une aide humanitaire appropriée, efficace, équitable et flexible dès lors qu'elle requiert des acteurs qui la mettent en œuvre, qu'ils déploient des efforts

¹⁶ CJUE, 28 juin 2022, C-278/20, Commission européenne c. Royaume d'Espagne.

¹⁷ CC, 20 décembre 2007, n°2007-560 DC, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.

¹⁸ CC, 30 décembre 1976, n°76-71 DC, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct.

¹⁹ Article 3 du Traité sur l'Union européenne, JOUE C 326/13 du 26 octobre 2012.

²⁰ Article 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326/47 du 26 octobre 2012.

concertés et qu'ils agissent de manière cohérente à partir d'un partage de connaissances. Il s'agit d'éviter les doubles emplois de moyens mais encore d'œuvrer au financement de l'aide humanitaire par des donateurs publics nouveaux et émergents et des bienfaiteurs privés respectant les principes humanitaires²¹.

1.2. Des objectifs atteignables par différents moyens

Dans ce cadre, le principe de précaution est un potentiel moyen juridique de transition car il s'appuie sur la connaissance scientifique afin de protéger l'environnement ou la santé.

Pluridisciplinaire, objective, neutre, impartiale et autonome, la science permet une évaluation démocratique du risque à partir de la connaissance. Ce qui suggère que le principe de principe de précaution corrige ou évite une défaillance systémique du droit.

En vertu de la prise en compte des informations théoriques que permet la science, le droit ne procède plus seulement d'une observation de règles, de traditions ou de pratiques nées de l'expérience journalière mais vient accroître la capacité d'anticipation des décideurs. Le rapport du GIEC de 2022 souligne d'ailleurs qu'il est très probable que le changement climatique, auquel les réponses juridiques découlent parfois de l'application du principe de précaution²², impacte l'humanité mais risque le plus souvent de porter atteinte aux groupes de personnes vulnérables comme les femmes, les enfants, les ménages à faibles revenus, aux groupes autochtones ou aux autres groupes minoritaires et petits producteurs. Les risques encourus par ces groupes de personnes vulnérables sont notamment ceux de souffrir de malnutrition, d'une perte des moyens

²¹ Déclaration commune du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission européenne, JOUE C 25/1 du 30 janvier 2008.

²² Cour suprême des Pays-Bas, division civile, 20 décembre 2019, n°19/00135, État des Pays-Bas (Ministre de l'économie, des affaires et de la politique du climat) et *Stichting Urgenda*.

de subsistance, de subir la hausse des coûts et de la concurrence pour les ressources²³.

La science comprise comme un critère en fonction duquel le principe de précaution doit être appliqué, peut être un garde-fou administratif. En effet, la perspective de subir tout dommage environnemental ou sanitaire grave et irréversible que le principe de précaution doit permettre d'éviter, semble susceptible de biaiser l'appréciation, ne serait-ce que des personnes qui sont exposées à ce dommage, ou qui sont exposées à tout risque de dommage, grave et irréversible²⁴. Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le niveau de protection de la santé humaine est en étroite corrélation avec le niveau de risque jugé acceptable pour la société, lequel dépend à son tour des connaissances scientifiques disponibles à un moment donné²⁵.

En outre, dans un système démocratique établi à partir de la liberté d'expression, les scientifiques peuvent disposer d'une source d'informations plus complète et plus fiable. Les scientifiques devraient donc mieux comprendre, à l'aide de la presse, les variants et invariants humains qui conditionnent la protection de chaque administré face à un risque de dommage grave et irréversible.

Le droit de l'Union européenne qui s'applique afin de répondre à des situations de vulnérabilité peut avoir pour conséquence de diversifier les outils et les méthodes à partir desquels les décisions publiques peuvent être prises.

Sans être incompatible avec le recours à la science et l'intervention systémique du droit²⁶, la vulnérabilité justifie une approche plus large que celle qui ne découlerait que de la stricte appréciation de l'état des connaissances scientifiques par application du principe de précaution. En effet, conçu pour atteindre un objectif tel que l'instauration du niveau

²³ H.-O. PÖRTNER ET AL., *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, 2022, pp. 717-720.

²⁴ D.R. KOUABENAN, *Incertitude, croyances et management de la sécurité*, in *Le travail humain*, 70, 3, 2007, p. 284.

²⁵ CJUE, 11 juillet 2013, C-601/11 P, République française c. Commission européenne et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

²⁶ Corte costituzionale, 18 ottobre 2023, sentenza 190/2023.

élevé de protection de la santé humaine attendu, le droit de l'Union européenne oblige à traiter l'information de manière spécifique, même lorsqu'elle est matériellement exacte, afin de ne pas entretenir une situation particulière de vulnérabilité.

Le droit de l'Union européenne permet notamment d'interdire l'aposition d'informations exactes sur l'étiquetage des unités de conditionnement des produits du tabac, sur leur emballage extérieur et sur les produits du tabac proprement dits. Cela, pour que les consommateurs de produits du tabac, qui constituent une catégorie de consommateurs particulièrement vulnérable en raison des effets de dépendance engendrés par la nicotine, ne soient pas davantage incités à consommer en ce qu'ils peuvent interpréter ces informations comme amoindrissant les risques liés à leurs habitudes ou comme conférant auxdits produits certains effets bénéfiques²⁷.

De surcroît, la vulnérabilité conduit les juridictions et autorités nationales à s'en remettre à leur propre faculté de jugement pour protéger les consommateurs vulnérables. En effet, la notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique²⁸. Ce qui contraste avec le risque en vertu duquel le principe de précaution doit être appliqué, puisqu'il représente une probabilité d'effets préjudiciables significatifs qui ne peut être exclue sur la base des meilleures connaissances scientifiques²⁹.

À ce titre, pour continuer d'être cohérent, le droit hiérarchise des objectifs à atteindre en réponse à une situation de vulnérabilité ou de risque entaché d'incertitude scientifique.

La santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne³⁰. Il en résulte que la protection de la santé publique doit incontestablement se voir reconnaître une importance prépondérante par rapport aux considérations économiques³¹. Ainsi, «un danger pour la

²⁷ CJUE, 4 mai 2016, C-547/14, Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Ltd, British American Tobacco UK Ltd, c. Secretary of State for Health.

²⁸ CJUE, 18 octobre 2012, C-428/11, Purely Creative Ltd.

²⁹ CJUE, 10 novembre 2022, C-278/21, Dansk Akvakultur, c. Miljø-og Fødevareklagenævnet.

³⁰ CJUE, 19 octobre 2016, C-148/15, Deutsche Parkinson Vereinigung.

³¹ CJCE, 17 juillet 1997, C-183/95, Affish.

santé de la population riveraine d'une côte affecte, en principe, davantage un État côtier qu'un dommage purement économique»³². Répondre aux vulnérabilités et à la multiplication des risques conditionne alors la confection des moyens disponibles pour mettre en œuvre une mission d'intérêt économique général.

Les contrats publics pourraient justifier, en ce sens, le recours à des mesures spécifiques, notamment des modalités de rémunération adaptées aux spécificités du territoire à couvrir ou une obligation de présence suffisante de moyens humains et techniques sur place afin de fournir, dans des conditions économiquement acceptables, un service de transport sanitaire de qualité, efficace et accessible sur l'ensemble du territoire concerné³³. Dès lors, le droit invite aux mobilisations parce qu'il favorise une concurrence loyale et effective.

2. Un prisme de nature à accroître les mobilisations

Les mobilisations du droit propices à la modification des paradigmes dominants comme à la création sinon la réforme de dispositifs juridiques (2.1), revêtent un caractère ambivalent (2.2).

2.1. Des mobilisations autour de valeurs

La vulnérabilité et le principe de précaution mobilisent lorsqu'ils activent la solidarité. Dans ce cadre, la solidarité qui prend parfois une envergure nationale que l'Union européenne qualifie de légitime³⁴, reste distincte de la responsabilité administrative.

La solidarité prend parfois aussi une envergure propre aux États membres de l'Union européenne. Le principe de solidarité intègre les valeurs communes à ces derniers. Le principe de solidarité qui est l'un des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne³⁵, comporte des droits et des obligations tant pour ladite Union que pour les États

³² CJUE, 11 juillet 2018 C-15/17, Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp.

³³ CJUE, 29 avril 2010, C-160/08, contre République fédérale d'Allemagne.

³⁴ CJUE, 2 mars 2010, C-135/08, Rottmann.

³⁵ CJUE, 13 juin 2024, C-123/22, Commission européenne c. Hongrie.

membres. Ce principe, qui a pour corolaires le partage équitable des responsabilités entre Etats membres de l'Union européenne ou encore le principe de confiance mutuelle entre ces mêmes dans l'utilisation responsable des ressources communes. L'Union européenne est tenue par une obligation de solidarité à l'égard des États membres. Ces derniers sont tenus par une obligation de solidarité entre eux et à l'égard de l'intérêt commun de l'Union européenne et des politiques menées par elle.

Partant, la solidarité au sein de l'Union européenne permet une réponse juridique aux situations de vulnérabilités que rencontre les Etats membres de ladite Union. Ainsi, l'article 222 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit une clause de solidarité en vertu de laquelle l'Union et ses États membres agissent conjointement dans un esprit de solidarité si un État membre est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine³⁶.

Ni la faute de précaution ni même le principe de précaution ne chassent cette solidarité par défaut. De telle sorte que la justice impute les conséquences contentieuses d'un préjudice en fonction des choix et des volontés de chaque autorité publique et de chaque justiciable, sans accroître leur vulnérabilité.

Le principe de précaution rassemble et mobilise à partir de l'état des connaissances scientifiques. Celles-ci confinent notamment à l'élaboration de politiques catégorielles à partir de données sociologiques, psychologiques, démographiques.

La vulnérabilité conduit également à l'élaboration de politiques catégorielles lorsqu'elle doit être prise en compte pour évaluer l'état personnel d'insécurité grave d'une personne, sans pour autant que cet état d'insécurité personnelle grave présente des caractéristiques spécifiques, propres à ladite personne ou qu'il soit causé par la situation particulière de celui-ci³⁷.

Le droit de l'Union européenne a insufflé la création de dispositifs juridiques qui permettent la mise en œuvre d'actions représentatives ou de groupe. Par le droit de l'Union européenne, il s'agit alors d'apporter

³⁶ Article 222 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326/47 du 26 octobre 2012.

³⁷ CJUE, 13 juin 2024, C-563/22, SN, LN, c. Zamestnik-predsdatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite.

à des groupes de personnes, aux consommateurs notamment, qui peuvent être considérés comme vulnérables, des moyens efficaces afin de mettre un terme aux pratiques illicites et de permettre à ces groupes de personnes d'obtenir la réparation des préjudices qu'ils subissent.

Les députés Français, Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin, précisent que l'action de groupe

est particulièrement adaptée lorsque de très nombreuses victimes subissent un préjudice peu important et d'un faible montant, ou quand elles sont dans un état de vulnérabilité qui ne leur permet pas d'entamer seules une action en justice. L'action de groupe permet alors de rééquilibrer le rapport de force avec le défendeur³⁸.

Dans leur directive du 25 novembre 2020, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne considèrent quant à eux que la mondialisation et la numérisation de l'économie ont augmenté le risque qu'un grand nombre de consommateurs soient lésés par la même pratique illicite. Ce qui peut leur porter préjudice³⁹.

La vulnérabilité rassemble nations et peuples mus par des valeurs communes, telles que la dignité⁴⁰, à l'image des membres d'une même famille rassemblés autour du mineur vulnérable qui séjourne seul sur le territoire d'un État autre que son État d'origine⁴¹. Il n'en demeure pas moins cependant qu'il convient parfois d'apprécier la situation individuelle d'une personne pour déterminer ou non qu'elle est vulnérable et doit pouvoir bénéficier d'une protection particulière⁴².

³⁸ L. VICHNIEVSKY, P. GOSSELIN, *Rapport n°862 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe*, Assemblée nationale, 15 février 2023, p. 86.

³⁹ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, JOUE L 409/1 du 4 décembre 2020.

⁴⁰ CJUE, 22 février 2022, C-483/20, XXXX c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

⁴¹ CJUE, 17 novembre 2022, C-230/21, X c. Belgische Staat.

⁴² CJUE, 9 février 2017, C-560/14, M c. Minister for Justice and Equality, Ireland, Attorney General.

La vulnérabilité particulière d'une personne peut être la cause de sa situation de dénuement matériel extrême, ne lui permettant pas de faire face à ses besoins les plus élémentaires, tels que notamment ceux de se nourrir, de se laver et de se loger, et portant atteinte à sa santé physique ou mentale ou la mettant dans un état de dégradation incompatible avec la dignité humaine. Ce qui permet de constater une violation de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴³.

Il en résulte que l'ambivalence juridique des mobilisations qu'insufflent la vulnérabilité, le principe de précaution et les responsabilités en Europe globalisée, favorise la création ou la réforme de dispositifs juridiques, par la diversité de leurs fondements potentiels et des places que les sujets occupent, comme de la signification que la vulnérabilité, le principe de précaution et les responsabilités peuvent avoir, selon la nature des biens ou des intérêts connexes⁴⁴.

2.2. *Des mobilisations ambivalentes*

Cette mobilisation risque d'ailleurs d'être réduite dès lors que la multiplication des règles de procédure les rend complexes. Ce qui limite donc la capacité des personnes vulnérables à comprendre pleinement ces règles qui les concernent⁴⁵.

Les difficultés d'application ou d'interprétation des textes juridiques ainsi que le degré de clarté et de précision des règles du droit de l'Union européenne font d'ailleurs partie des éléments à prendre en considération pour déterminer si la violation de ces mêmes règles doit être considérée comme suffisamment caractérisée pour l'engagement de la responsabilité non contractuelle de ladite Union⁴⁶.

Sachant qu'en matière pénale, l'analphabétisation d'un suspect ou d'une personne poursuivie permet de conclure à la vulnérabilité de celle-

⁴³ CJUE, 22 février 2022, C-483/20, XXXX c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.

⁴⁴ CJUE, 11 juillet 2018, C-15/17, Bosphorus Queen Shipping Ltd Corp. c. Rajavarthiailaitos.

⁴⁵ CJUE, 14 mai 2024, C-15/24 PPU, CH.

⁴⁶ CJUE, 11 janvier 2024, C-122/22 P, Dyson Ltd.

ci⁴⁷. Le principe de précision de la loi applicable ne saurait être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par des interprétations jurisprudentielles, pour autant que celles-ci sont raisonnablement prévisibles⁴⁸.

La vulnérabilité, le principe de précaution et les responsabilités en Europe globalisée sont ambivalents et mobilisateurs puisqu'ils impliquent les autorités publiques et les individus par l'octroi de prérogatives, d'obligations, de droits et de libertés, qui sont autant de motifs d'éventuelles condamnations prononcées à leur encontre.

La solidarité mobilisatrice par le sentiment de communauté qui l'anime peut même aboutir à accroître la vulnérabilité de groupes de personnes perçues comme étant en dehors de ladite communauté. Le professeur François Dubet résume un tel sentiment lorsqu'il par la maxime: «Je ne veux l'égalité sociale que de ceux dont je me sens proche et semblable»⁴⁹. Cela, alors que les Etats membres de l'Union européenne dispose de la faculté de définir eux-mêmes les groupes de personnes considérés comme vulnérables.

Ces condamnations pourraient d'ailleurs, par l'excès de pouvoirs ou de compétences qu'elles traduisent, rendre vulnérables les personnes qui en font l'objet, y compris l'Etat.

En ce qui concerne l'Etat, la tentation serait notamment de «mettre en un seul sac ses doléances à l'égard de l'administration globalement ressentie comme pesante dans ce qu'elle demande et insuffisante dans ce qu'elle donne»⁵⁰. Le non-respect du système de répartition des compétences entre les différentes institutions de l'Union européenne, qui a pour but d'assurer le respect de l'équilibre institutionnel prévu par les traités et non pas la protection des particuliers, ne saurait toutefois suffire, à lui seul, à engager la responsabilité de ladite Union envers les opérateurs économiques concernés. Il en irait différemment si une mesure de l'Union était adoptée en méconnaissance non seulement de la répartition

⁴⁷ CJUE, 14 mai 2024, C-15/24 PPU, CH.

⁴⁸ CJUE, 11 juin 2020, C-634/18, JI.

⁴⁹ F. DUBET, *Conclusion Le chaînon manquant de l'égalité: la solidarité*, in *Inégalités et justice sociale*, Paris, 2014, p. 295.

⁵⁰ COMMISSION DE DEVELOPPEMENT DES RESPONSABILITES LOCALES, *Vivre ensemble*, septembre 1976, p. 18.

des compétences entre les institutions, mais également, en ses dispositions matérielles, d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers⁵¹.

Ambivalentes, les mobilisations du droit érigent alors ce dernier au rang de processus éclectique et, aussi paradoxal que cela puisse paraître, au rang de processus autonome⁵², qui a «donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux»⁵³. Ce processus autonome s'impose comme condition nécessaire pour agir dans l'intérêt général.

D'une part, les États comme l'ensemble des collectivités publiques doivent prendre des mesures de police restrictives afin de préserver l'ordre public, sans pouvoir déroger au droit de l'Union européenne⁵⁴. Ces mesures pourraient être potentiellement prises en réaction à la mobilisation d'individus animés par la contestation violente d'un système qui les place en situation de vulnérabilité. D'autre part, le législateur pourrait intervenir ensuite afin d'extraire ces mêmes individus d'une telle situation de vulnérabilité, sans porter atteinte à la sécurité juridique.

Alors que le Parlement européen

s'inquiète de l'intensification préoccupante des violations des droits fondamentaux au sein de l'Union, notamment dans les domaines de l'immigration et de l'asile, des discriminations et de l'intolérance, surtout à l'encontre de certaines communautés, ainsi que des attaques ou pressions faites contre des ONG défendant les droits de ces groupes et communautés ; constate la réticence des États membres à faire respecter ces libertés et droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les Roms, les femmes, les personnes LGBTI, les demandeurs d'asile, les migrants et les autres populations vulnérables⁵⁵.

L'intervention du législateur peut notamment résulter d'initiatives européennes qui engendrent parfois des réponses juridiques afin de

⁵¹ CJUE, 19 avril 2012, C-221/10 P, Artogodan GmbH.

⁵² CJUE, 16 février 2022, C-157/21, République de Pologne.

⁵³ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, Achmea.

⁵⁴ CJUE, 30 juin 2022, C-72/22 PPU, M.A. Valstybės sienos apsaugos tarnyba.

⁵⁵ Résolution du Parlement européen du 8 septembre 2015 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, JOUE C 316/2 du 28 septembre 2017.

résoudre des situations de vulnérabilité. Ces initiations ont été réformées par un règlement européen afin d'être plus accessibles, moins lourdes et plus faciles à utiliser⁵⁶.

Parmi les initiatives ayant été enregistrées et ayant obtenu suffisamment de signatures pour être étudiées par le Commission européenne, celle visant à «Interdire le glyphosate et protéger la population et l'environnement contre les pesticides toxiques» consacrée à «L'eau, un droit humain» avait notamment pour objet la mise en œuvre d'une transition vers un avenir exempt de pesticides. Cette initiative a conduit la Commission européenne à annoncer le déploiement d'efforts supplémentaires en faveur d'une réduction continue et mesurable des risques liés à l'utilisation de pesticides, avec la mise au point d'indicateurs de risques harmonisés pour pouvoir surveiller les évolutions à l'échelle de l'UE et utiliser les données générées comme base aux fins de la détermination de futures options stratégiques⁵⁷.

L'initiative citoyenne européenne «L'eau, un droit humain» a quant à elle abouti à ce que le Parlement européen condamne le fait que le refus de fournir de l'eau et des services d'assainissement aux communautés défavorisées et vulnérables soit utilisé de manière coercitive dans certains États membres de l'Union européenne. A la suite de cette condamnation, obligation a été faite aux États membres de l'Union européenne d'accorder une attention particulière aux groupes vulnérables et marginalisés en prenant les mesures nécessaires pour améliorer l'accès aux eaux destinées à la consommation humaine pour ces groupes⁵⁸.

⁵⁶ Règlement (UE) 2019/788 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'initiative citoyenne européenne.

⁵⁷ Communication de la Commission relative à l'initiative citoyenne européenne, *Interdire le glyphosate et protéger la population et l'environnement contre les pesticides toxiques*, du 12 décembre 2017, C(2017) 8414 final.

⁵⁸ Directive (UE) 2020/2184 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, JOUE L 435/1 du 23 décembre 2020.

CONCLUSIONI. LE GRANDI TRANSIZIONI E LA VULNERABILITÀ: IL RUOLO DEL DIRITTO IN TEMPI DI INCERTEZZA

*Luisa Antonioli, Cinzia Picciocchi**

Sono passati appena due anni dalla prima edizione dell'incontro italo-francese di Limoges, nel luglio 2022, ed il mondo ha conosciuto nuove fratture e nuove emergenze: guerre nel cuore dell'Europa e intorno ad essa, una crisi climatica che mette a nudo l'impatto devastante delle attività umane, rivoluzioni tecnologiche che promettono progresso ma moltiplicano i rischi. Tutto ciò mostra con evidenza che stiamo vivendo in un'epoca di transizioni rapide e turbolente, dove nessun equilibrio può dirsi stabile e ogni certezza è messa in discussione da eventi imprevisi.

In questo contesto, il 4 e 5 luglio 2024 si è svolta a Trento la seconda edizione dell'Università estiva franco-italiana, un dialogo dedicato al tema: "Le grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto".

Nel corso di due dense giornate di lavoro, numerosi interventi hanno affrontato quattro assi tematici: le vulnerabilità economiche e sociali; le fragilità ambientali, della giustizia e della sicurezza; le tensioni culturali, democratiche e religiose; e, infine, il tema dei beni comuni. L'intreccio di prospettive storiche, giuridiche, filosofiche e sociologiche ha restituito un quadro complesso e al tempo stesso interconnesso, in cui la vulnerabilità è emersa come categoria trasversale, capace di illuminare tanto le fragilità degli individui, quanto quelle delle collettività e degli ordinamenti. Il presente volume raccoglie i contributi scritti, in cui vengono elaborati ed ampliati i contenuti della discussione sviluppata nell'incontro.

Il filo rosso che ha guidato i lavori è stato il concetto di vulnerabilità, che non coincide con la mera debolezza o con l'incapacità di reagire, ma

** Si ringrazia il prof. Martin Ndende dell'Università di Nantes per il suo contributo all'elaborazione della sintesi conclusiva del convegno.*

designa piuttosto una predisposizione strutturale all'esposizione al rischio. Ogni individuo, ogni comunità, persino ogni istituzione porta in sé tratti di vulnerabilità, che possono essere accentuati o mitigati dal contesto sociale, economico, ambientale e politico. Questa consapevolezza viene analizzata in particolare nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La vulnerabilità, in questo senso, è una categoria giuridica e politica, capace di guidare scelte normative e di orientare l'azione pubblica, affrontando situazioni concrete: le migrazioni di ieri e di oggi descritte da Jean-Baptiste Masméjean; le difficoltà dei marinai medievali analizzate da Dominique Gaurier, esposti a malattie, naufragi e all'incertezza delle rotte; le fragilità che sono sottese all'applicazione del principio di precauzione, affrontate da Damien Bonnerot; i rischi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale in medicina, discussi da Thibaud Gisclard; le derive delle democrazie illiberali, denunciate da Mathias Revon; le instabilità costituzionali rilevate da Geoffroy Herzog; le minacce ambientali, in particolare quelle legate alla gestione dell'acqua, illustrate da Philippe Marc, Odile Delfour Samama e Frantz Mynard; le nuove esclusioni digitali evidenziate da Rim Fassi-Fihri, una tematica, questa, emersa anche nel volume che raccoglie gli atti dell'incontro del 2022 di Limoges, che Alessio Claroni discute in quest'occasione.

Attraverso queste analisi si evidenzia come la vulnerabilità non sia un concetto astratto, ma piuttosto un prisma che rifrange esperienze vissute, rivelando connessioni profonde tra passato e presente, tra individuo e collettività, tra locale e globale.

Il primo asse è quello relativo alle vulnerabilità economiche e sociali, e le conseguenti precarietà e diseguaglianze. Jean-Baptiste Masméjean, attraverso un'analisi storica puntuale, ha mostrato come le comunità francesi di New Orleans abbiano creato già nell'Ottocento la *Société française de Bienfaisance*, per garantire assistenza a connazionali indigenti. In assenza di sostegni statali, il diritto associativo ha colmato il vuoto assistenziale, anticipando forme di welfare comunitario. Questa esperienza storica ci ricorda che la vulnerabilità economica non è mai solo una questione individuale, ma dipende anche dal contesto istituzionale e giuridico, che può aggravare o attenuare le difficoltà. Walid Ben Hamida affronta il tema dal punto di vista del diritto privato e sottolinea

come le vulnerabilità non riguardino solo gli individui, ma anche le imprese e gli Stati. In particolare, i rapporti contrattuali internazionali contenenti clausole squilibrate imposte da attori economici forti, connessi con i meccanismi finanziari globali, possono trasformare interi Paesi in soggetti vulnerabili, riducendo la loro capacità di autodeterminazione e sviluppo. Sam Bouvier, infine, analizza l'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulle situazioni di vulnerabilità sociale, con particolare attenzione agli sviluppi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La lezione che emerge è duplice: da un lato, le vulnerabilità sociali ed economiche sono radicate, e spesso strutturali; dall'altro, il diritto può creare strumenti per ridurle e prevenirle, utilizzandoli in modo innovativo e responsabile, tenendo conto della dimensione globale e delle nuove disuguaglianze prodotte dalla tecnologia e dalla finanza internazionale.

Il secondo asse ha riguardato la vulnerabilità ambientale e della sicurezza in un pianeta fragile e finito. Philippe Marc richiama l'attenzione sul tema dell'acqua, risorsa vitale e al tempo stesso limitata, il cui accesso equo richiede complessi interventi di regolamentazione e bilanciamento. Odile Delfour e Frantz Mynard mostrano come le zone costiere e gli oceani, patrimonio comune dell'umanità, siano messi in pericolo dall'inquinamento e dall'innalzamento del livello dei mari, sviluppando processi che mettono a rischio milioni di persone, ed anche gli equilibri economici e geopolitici.

Paul Damiba illustra la condizione del Sahel, una regione dove i cambiamenti climatici stanno portando alla desertificazione delle terre, aggravando una situazione già compromessa, in cui gruppi armati alimentano precarietà sociale, causando violenza e esclusione. In questo contesto le vulnerabilità si moltiplicano e interagiscono: le comunità agricole sono fragili non solo perché il peggioramento climatico mette in pericolo i raccolti, ma anche perché la guerra e l'insicurezza impediscono di trovare soluzioni cooperative.

Damien Bonnerot pone l'accento sull'importanza del principio di precauzione, che permette di adottare misure preventive anche in condizioni di incertezza scientifica. Caterina Bergomi e Silvia Pietrini richiamano l'Agenda 2030 e il Green Deal europeo come strumenti di orientamento delle scelte normative, e il possibile ruolo della politica di sostenibilità e

della concorrenza economica nel creare resilienza ambientale nei rapporti di produzione e di consumo. Vittorio Cama, infine, indaga i limiti del diritto penale ambientale, troppo spesso in ritardo rispetto all'urgenza e complessità dei problemi concreti.

Il quadro che emerge dalle analisi mostra con evidenza che l'ambiente non è uno sfondo neutrale delle vicende umane, ma un attore che interagisce con la vita sociale e politica. La sua vulnerabilità è la nostra umana, e il diritto, pur con i suoi limiti, è uno degli strumenti essenziali per analizzarlo e proteggerlo.

Il terzo asse riguarda le fragilità culturali, religiose e democratiche. Mathias Revon discute le derive autoritarie che minacciano la democrazia dall'interno, quali la progressiva erosione dello stato di diritto, la concentrazione del potere, la riduzione degli spazi di libertà individuale e collettiva.

Geoffroy Herzog mette in evidenza le instabilità costituzionali che segnano i regimi in transizione, che sono fragili perché non ancora consolidati e costantemente esposti al rischio di involuzioni. In una prospettiva storica, Christian Zendri ricorda l'importanza delle interazioni tra comunità e diritto attraverso la gestione dei beni comuni, che garantiscono la continuità delle collettività attraverso i cambiamenti storici.

I contributi di Rossella Bottoni e Alice Brites Osorio focalizzano l'attenzione sulle minoranze e sui popoli indigeni, comunità spesso perseguitate o marginalizzate, ma portatrici di saperi e culture che rappresentano un patrimonio per l'umanità. Qui la vulnerabilità assume una valenza culturale, messa in pericolo dalla perdita di lingua, di identità, di memoria collettiva. Francesca Oliosi esamina il ruolo fondamentale delle religioni nella società, nella prospettiva di un dialogo rispettoso dell'autonomia dei diversi ambiti, ma anche di un confronto mutualmente arricchente.

I risultati delle giornate trentine mostrano che le diverse forme di vulnerabilità non sono separate: esse si intrecciano e si alimentano a vicenda. L'ambiente condiziona l'economia, l'economia incide sulla coesione sociale, la politica influenza la cultura, la tecnologia trasforma i rapporti di potere. Il messaggio che emerge dai lavori è che proteggere la dignità umana e salvaguardare i beni comuni (*in primis* l'ambiente) richiede uno sforzo condiviso e trasversale. Non basta il diritto, non

bastano le politiche, non basta la tecnologia, serve un intreccio di soluzioni, costruito in modo sinergico.

Il diritto rimane in questo quadro un pilastro fondamentale, che deve dialogare con le discipline che si occupano delle trasformazioni politiche, sociali, ambientali e culturali. La sfida è quella di costruire società resilienti, capaci di affrontare le grandi transizioni, facendosi carico di tutte le necessità, anche quelle dei soggetti fragili.

Le giornate di Trento sono state un'occasione di riflessione collettiva, un laboratorio di idee che ha messo in luce il bisogno di nuovi strumenti di analisi e di intervento delle vulnerabilità del nostro tempo. Confidiamo che il presente volume possa restituire ai lettori la ricchezza e varietà del dibattito scaturito dal dialogo di studiosi di diversa provenienza, esperienza ed età.

APPENDICE

PRÉSENTATION DU VOLUME
«NUMÉRIQUE & ENVIRONNEMENT»
(L. ANTONIOLLI, M. CARDILLO, F. CORTESE,
L. DE CARBONNIÈRES, F. MYNARD, C. PICIOCCHI)

*Alessio Claroni**

Bonjour à tous.

Tout d'abord, je voudrais remercier mes collègues, les Professeurs Luisa Antonioli et Cinzia Piciocchi, de m'avoir invité à participer à cette intéressante conférence aujourd'hui.

À cette occasion, je tiens à exprimer que j'éprouve une grande satisfaction à présenter le volume intitulé «Numérique & Environnement», récemment publié dans les *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza* de l'Université de Trente (2024 - Vol. n°79).

En ce qui concerne l'histoire du volume «Numérique & Environnement», il a été conçu à l'occasion d'une conférence franco-italienne qui s'est tenue à l'Université de Limoges durant l'été 2022.

Cette initiative académique a marqué le début d'une collaboration scientifique internationale entre la France et l'Italie, intitulée «Les Conciles de l'environnement». Ce projet a réuni les Universités françaises de Lille, de Nantes (avec le Centre de Droit Maritime et Océanique - CDMO) et de Limoges (par l'intermédiaire de l'Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques et de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques), ainsi que la Faculté de Droit de l'Université de Trente, en Italie.

Le volume «Numérique & Environnement» a été coordonné par plusieurs collègues éminents, à savoir Luisa Antonioli, Monica Cardillo, Fulvio Cortese, Louis de Carbonnières, Frantz Mynard et Cinzia Piciocchi, chacun apportant son expertise unique à cet ouvrage collectif.

* Professeur associé de droit de la navigation et des transports, l'Université de Trente.

En ce qui concerne le contenu du volume, j'ai été particulièrement impressionné par le fait que chaque article scientifique examine des problématiques spécifiques liées à des thèmes – pour reprendre la belle métaphore présentée dans l'ouvrage – de «frontières», au sein desquelles le droit évolue rapidement. Cela est particulièrement vrai pour le domaine de l'environnement, qui interagit étroitement avec la numérisation et l'intelligence artificielle.

L'un des aspects les plus précieux de cet ouvrage, né du désir d'explorer des synergies et des collaborations entre les Universités françaises et italiennes, réside dans la richesse des informations juridiques générées par le «dialogue» entre les experts en droit italien et français.

Cela implique que la pertinence juridique de l'œuvre repose sur une interdisciplinarité manifeste de son contenu, associée à une originalité substantielle.

Ainsi, la synergie entre diverses expériences juridiques a permis d'obtenir des résultats scientifiques d'une grande portée.

Un aspect intéressant réside dans le fait que ces résultats scientifiques, unis par les fils conducteurs de l'environnement, de la numérisation et de l'intelligence artificielle, ont trouvé une application naturelle dans des contextes spécifiques et des thèmes d'une grande pertinence. Je pense, par exemple, au concept de souveraineté en lien avec le *cloud computing*, aux problématiques liées aux litiges climatiques, au transport des déchets dangereux et numériques, aux nouvelles formes de cybercriminalité, ainsi qu'à la question de la protection juridique des animaux.

À cet égard, il convient d'examiner attentivement la structure et l'organisation de l'ouvrage, afin de mettre en lumière la richesse scientifique et la valeur intellectuelle de cette initiative remarquable.

Le volume est divisé en deux parties: la première est consacrée à «L'État face au numérique: les défis du XXI^e siècle», tandis que la deuxième aborde «L'environnement face au numérique: les défis de la transition écologique».

La première partie se compose des neuf articles scientifiques suivants.

ANTONINO ALÌ - «Osservazioni sul cloud computing e sulla “sovranità digitale” nella prospettiva del diritto internazionale»

L'étude est consacrée à l'approfondissement du *cloud computing*, une technologie d'une importance capitale, mais qui, en contrepartie, peut également engendrer des problématiques de stabilité quant à la protection de la souveraineté de l'État.

CAROLINE BOYER-CAPELLE - «Numérique et services publics: réflexions sur le phénomène de responsabilisation de l'utilisateur»

L'auteure se concentre sur le sujet central du service public, en évaluant comment ce concept peut évoluer à l'ère de la numérisation.

ÉLISE BOULINEAU - «L'administré face à la révolution numérique: la chimère d'un accès égalitaire à la e-administration?»

L'auteure traite du concept d'administration électronique, en analysant les aspects positifs – notamment en termes de mondialisation des relations – mais aussi les aspects négatifs, soulignant que l'existence d'un analphabétisme numérique peut compromettre la qualité des services publics. Il est donc essentiel de travailler à une reterritorialisation de ces services.

MARTA FASAN - «I modelli di disciplina dell'intelligenza artificiale: prime riflessioni in chiave comparata»

L'auteure a exploré le sujet très actuel de l'intelligence artificielle, en l'analysant également sous un angle comparatif.

RUDY LAHER - «La saisie des supports numériques en France, en Angleterre et au Québec»

L'auteur a réalisé une recherche intéressante sur la saisie des supports numériques en France, en Angleterre et au Québec. Ces supports, en effet, peuvent également avoir une valeur marchande élevée, mais tous les systèmes juridiques ne les reconnaissent pas comme des biens susceptibles d'être saisis ou sur lesquels une vente forcée peut être effectuée.

GIULIA OLIVATO - «Il principio di trasparenza nei sistemi di intelligenza artificiale: profili normativi in essere e in divenire»

Cette étude, très actuelle, vise à examiner comment protéger le principe de transparence face aux systèmes d'intelligence artificielle, pour

la plupart inconnus, notamment en ce qui concerne le processus décisionnel des algorithmes.

SIMONE PENASA - «Giustizia e variabile algoritmica. Una prima valutazione di sostenibilità tecnica e costituzionale»

Cette étude revêt une importance considérable, car elle vise à évaluer l'intégration des systèmes d'intelligence artificielle dans le domaine judiciaire. La question qui se pose est la suivante: comment l'IA pourrait-elle transformer l'image du juge et de la justice? Pour entrer dans le concret de l'une des perspectives d'enquête suivies dans l'étude, il suffit de rappeler les mots de l'auteur lui-même: «Giudice assistito, sostituito, rafforzato, mutato: verso un giudice (e un avvocato) robot?».

LUCA RINALDI - «I diritti fondamentali di fronte all'intelligenza artificiale»

L'auteur aborde un sujet de brûlante actualité, en examinant les innovations liées à l'intelligence artificielle sous l'angle des droits fondamentaux. Parmi ceux-ci, une attention particulière est accordée au droit à un contrôle humain de la technologie.

SERGIO SULMICELLI - «Profili pubblicistici in materia di intelligenza artificiale e counter-terrorism: la moderazione dei contenuti terroristici online come caso di studio»

L'étude vise à évaluer de manière critique l'utilisation de l'intelligence artificielle en tant qu'outil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme.

En revenant à la structure de l'œuvre dans son ensemble, la deuxième partie se compose de dix articles scientifiques, énumérés comme suit.

LUISA ANTONIOLLI - «Cambiamento climatico e climate litigation: l'emersione di un diritto transnazionale e il ruolo del diritto comparato»

L'étude se concentre sur un sujet d'une actualité et d'une urgence extrêmes, à savoir la *climate litigation*, c'est-à-dire – comme le précise l'auteure – l'utilisation de litiges judiciaires intentés par des individus soutenus par des associations environnementales (ou directement par ces associations) contre des entités publiques ou privées, dans le but d'inciter à un changement législatif garantissant une réduction et une

atténuation plus significatives des émissions responsables du changement climatique et des dommages qui en découlent. Ainsi, l'étude engage une réflexion en cours sur l'éventuelle émergence d'un droit transnational en relation avec la lutte contre le changement climatique.

MONICA CARDILLO - «Rendre visible l'invisible: eaux souterraines, histoire, droit & environnement»

Toujours en lien avec la problématique du changement climatique, l'étude de Monica Cardillo analyse le profil des eaux non superficielles, c'est-à-dire invisibles, en mettant particulièrement l'accent sur la gouvernance des eaux souterraines.

CECILE CHASSAGNE - «La participation du public issue du code de l'environnement»

L'auteure examine en profondeur le rôle de la participation du public dans le domaine du droit de l'environnement. Il est essentiel d'informer le public et de lui permettre de prendre part au processus d'élaboration des documents ayant un impact sur l'environnement. Ce point est fondamental, car il favorise une prise de conscience active parmi les citoyens, qui doivent s'engager dans la protection de l'environnement.

ODILE DELFOUR SAMAMA - «Faut-il fertiliser l'océan pour protéger le climat?»

L'étude aborde un sujet qui ne peut être négligé, car il revêt une importance centrale: le problème du changement climatique doit également tenir compte du rôle prépondérant des océans. Il convient de noter que 97% de toutes les eaux disponibles sur Terre proviennent des océans et des mers, couvrant une superficie équivalente à 71% de la surface terrestre. Ces vastes étendues maritimes jouent un rôle crucial dans l'absorption du CO₂ grâce aux phytoplanctons. Cependant, le changement climatique menace cette forme de vie végétale, essentielle pour la santé des écosystèmes aquatiques.

ISMAËL KONE - «Le transport des déchets dangereux et numériques»

Il va sans dire que ce thème revêt une importance particulière. L'étude aborde le transport des déchets d'équipements électriques et électroniques, dont le volume ne cesse d'augmenter pour deux raisons principales: d'une part, la croissance vertigineuse de la consommation

mondiale de biens numériques; d'autre part, l'obsolescence rapide de ces appareils, entraînant leur remplacement fréquent. Il est également essentiel de comprendre la nature de ces biens, qu'il s'agisse de déchets dangereux ou d'autres catégories, afin d'appliquer la réglementation juridique appropriée.

ALEXIS LE QUINIO - «La consécration progressive de la protection de l'environnement dans les constitutions d'Amérique latine»

L'auteur examine l'évolution du constitutionnalisme environnemental en Amérique latine, incluant la reconnaissance du droit de vivre dans un environnement sain.

FRANTZ MYNARD - «Totem et trustee. De la personnalité juridique des cours d'eau dans l'histoire des droits de la nature»

L'étude, en tenant compte des fondements de la doctrine des droits de la nature introduits par le juriste Christopher Stone en 1972, examine l'histoire de la personnalité juridique des cours d'eau.

MARTIN NDEDE - «L'environnement du commerce maritime face au développement du commerce électronique et de l'ingénierie cybernétique»

La pertinence, y compris sur le plan pratique, de ce thème est indéniable, car elle influence la relation entre le monde numérique et le commerce maritime sous de multiples aspects, y compris celui de la cybercriminalité maritime. Le développement de navires autonomes, associé au fait qu'au niveau international, 80 à 90 % des marchandises sont transportées par voie maritime, souligne l'importance cruciale de cette question.

CINZIA PICIOCCHI - «Expérimentation animale et protection juridique des animaux: le cas italien»

L'étude intéressante menée par l'auteure vise à examiner en profondeur la question de la protection juridique des animaux et son rapport avec leur utilisation à des fins scientifiques. Ce sujet revêt une importance capitale également pour l'Italie, qui a connu une évolution constitutionnelle sur cette thématique, marquée par la modification de l'article 9 de la Constitution.

GERARD MONEDIAIRE - «Conclusions»

Enfin, les conclusions de Gérard Monédiaire, indéniablement précieuses en ce qu'elles soulignent la nécessité d'identifier des solutions concrètes plutôt que de se contenter d'une simple approche théorique, expriment le souhait d'établir un droit de l'environnement «qui ne sombre pas dans le ridicule de l'insignifiance».

Je vous remercie chaleureusement et adresse mes plus sincères félicitations aux auteurs.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)
14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)
15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)
16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)

39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)

40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)

41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)

70. *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)

71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)

72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)

73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)

74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)

75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)

76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)

77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)

78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)

79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024)

81. *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANFRANCO POSTAL, ROBERTO TONIATTI (2024)

82. *Beni a titolarità collettiva e sfruttamento della risorsa idrica. Il caso della Magnifica Comunità di Fiemme* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, DAMIANO FLORENZANO, FLAVIO GUELLA, GIANFRANCO POSTAL (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/412031>)

83. *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future. Atti del convegno, Trento 29 settembre 2023* - (a cura di) ELISA CHIZZOLA, PAOLO GUARDA, VERONICA MARONI, LUIGI RUFO (2024)

84. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/421390>)

85. *Prospettive di superamento del voto "tradizionale". Modelli di voto alternativi alla prova della compatibilità costituzionale* - (a cura di) ALESSANDRO DE NICOLA, VINCENZO DESANTIS (2024)

86. *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio. 21-22 settembre 2023* - (a cura di) SIMONE FRANCA, ALESSANDRA PORCARI, SERGIO SULMICELLI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/434970>)

87. *Lo studio dei papiri nei rivolgimenti metodologici della romanistica tra il 1860 e il 1960* - (a cura di) CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA, TOMMASO BEGGIO, FILIPPO BONIN (2024)

88. *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni* - (a cura di) ANDREA MAGLIARI (2024)

89. *Stupefacenti e tossicodipendenza. Trattamento sanzionatorio, carcere e misure alternative* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2024)

90. *Mediare, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al giudice di pace. Atti del Convegno. Trento, 3 maggio 2024* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://iris.unitn.it/handle/11572/441032>)
91. *The teaching of Roman law in the 20th century: challenges and perspectives* - (a cura di) PAUL DU PLESSIS, TOMMASO BEGGIO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/441270>)
92. *From multiculturalism to interculturalism: law, religious teaching and civic/citizenship education in today's Europe* - (ed. by) DAVIDE STRAZZARI with ROSSELLA BOTTONI, CINZIA PICIOCCHI (2025)
93. *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive. Atti del Convegno. Trento, 20 settembre 2024* - (a cura di) ANTONIA MENGhini, ELENA MATTEVI (2025)
94. *Disabilità in movimento: percorsi di autodeterminazione* - (a cura di) LUCIA BUSATTA, PAOLO MACCHI, CARLA MARIA REALE (2025)
95. *Indagini e prove nella società digitale. Questioni attuali e prospettive future* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2025)
96. *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20 dicembre 2024* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGhini (2025)
97. *Grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto. Les grandes transitions, vulnérabilités et rôle du droit* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, ODILE DELFOUR SAMAMA, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2025) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/463217>)

