



**SORBONNE STUDENT LAW REVIEW**

---

**REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DE LA SORBONNE**

**2021**

**Volume 4, n°2**

Sorbonne Student Law Review – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne  
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France  
Sorbonnestudentlawreview.org  
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution  
Sorbonne Student Law Review and various contributors – Revue juridique des étudiants de la Sorbonne et les  
différents contributeurs - 2022

Publié en ligne le 20 janvier 2022.  
Published online on January 20<sup>th</sup> 2022.

*Editor-in Chief - Rédactrice en chef*

Charlotte Collard

*Managing Editor – Cheffe du Comité éditorial*

Nolwenn Ribreau

*Editorial Committee – Comité éditorial*

Anne-Charlotte Cervello

Lisa Forrer

Victor-Ulysse Sultra

*Reading Committee - Comité de lecture*

Lisa Aerts  
Paola Baldino  
Arnaud d'Argoubet  
Vincent Bassani  
Marie Louise Bossard  
Elea Collin  
Rosanne Craveia  
Robin Delescluse  
Farah El Barnachawy  
Julie Esquenazi  
Matthieu Febvre-Issaly  
Camille Gendrot

Sarah Gharios  
Joan Gondolo  
Yannis Hamache  
Marios Kalogeropoulos  
Brook Kidane  
Pierre Lesaffre  
Marina Lovichi  
Giuliana Marino  
Martial Manet  
Viveca Mezey  
Alexis Niepceron  
Alexia Pascali

Marianna Paschou  
Guillaume Pinchard  
Leonardo Machado Pontes  
Charlotte Magnien  
Estelle Richevilain  
Matthieu Ruquet  
Benjamin Saunier  
Siavash Shahrjerdi  
Rocio Trujillo Sosa  
Léa Turcotte

*Advisory Board - Comité scientifique*

Mathias Audit  
Fahrad Améli  
Laurent Aynes  
Ludovic Ayrault  
Tristan Azzi  
Ségolène Barbou des Place  
Charlotte Beaucillon  
Julie Benetti  
Didier Boden  
Pierre Bonin  
Eleonora Bottini  
Chahira Boutayeb  
Sara Brimo  
Pierre Brunet  
Paul Cassia  
Loic Cadiet  
Emanuel Castellarin  
Marie-Xavière Catto  
David Chilstein  
Thomas Clay  
Christel Coton  
Marie-Anne Cohendet  
Philippe Delebecque

Joan Divol  
Philippe Dupichot  
Xavier Dupré de Boulois  
Vivienne Forrest  
Bénédicte Fauvarque Cosson  
Jenny Frinchaboy  
Jérôme Gotié  
Daniel Guttman  
Jérémy Houssier  
Emmanuel Jeuland  
Andreas Kallergis  
Yann Kerbrat  
Evelyne Lagrange  
Yves-Marie Laithier  
Elise Le Gall  
Grégoire Loiseau  
Pascal Lokiec  
François-Xavier Lucas  
Jean Matringe  
Anne-Catherine Muller  
Christine Neau Leduc  
Sophie Nicinski  
Nobert Olszak

Etienne Pataut  
Fabienne Peraldi-Leneuf  
Anne Pimont  
Ioannis Prezas  
Lukas Rass-Masson  
Bertrand Reau  
Olivier Renaudie  
Thierry Revet  
Raphaële Rivier  
Judith Rochfeld  
Agnès Roblot-Troisier  
Marilyne Sadowsky  
Ruth Sefton-Green  
Denys Simon  
David Soldini  
Jean-Marc Sorel  
Philippe Stoffel-Munck  
Fanny Tarlet  
François-Guy Trébulle  
Pascal de Vareilles-Sommières  
Pierre-Yves Verkindt  
Michel Verpeaux  
Nicolas Warembourg

*Layout - Mise en page*

Charlotte Collard

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

ÉDITORIAL : DE LA « FATIGUE PANDÉMIQUE » À LA RÉINVENTION DES PRATIQUES ÉDITORIALES	1 – 3
EDITORIAL: LEARNING FROM “PANDEMIC FATIGUE” TO REINVENT EDITORIAL PRACTICES <i>Charlotte Collard</i>	4 – 6

**Conference – Conférence**

***Law and Crypto-nationalism – Droit et crypto-nationalisme***

RENÉ CHAPUS, L’EUROPE ET LA NATION : LES OPINIONS D’UN POSITIVISTE <i>Matthieu Febvre-Issaly (École doctorale de droit de la Sorbonne)</i>	8 – 32
CRYPTO-NATIONALISME ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ <i>Benjamin Saunier (École doctorale de droit de la Sorbonne)</i>	34 – 48

**Article**

PROLONGATION ET NORMALISATION DE L’ÉTAT D’URGENCE : LA COUR EUROPÉENNE DEVRAIT-ELLE EN FAIRE PLUS ? <i>Louise Maillet (École doctorale de droit de la Sorbonne)</i> <i>Agathe Dighiero--Brecht (École de formation du Barreau de Paris)</i>	50 – 69
---	---------

## ÉDITORIAL : DE LA « FATIGUE PANDÉMIQUE » À LA RÉINVENTION DES PRATIQUES ÉDITORIALES

Comme espéré dans l'éditorial du dernier numéro de la *Revue juridique des étudiants de la Sorbonne*, ces derniers mois ont été marqués par la reprise des activités d'enseignement et de recherche académiques *in situ*, et notre Revue n'a pas manqué à l'appel. Notre conférence sur la chanson francophone a bien pu se tenir en septembre dernier au sein-même de l'université. Elle fut marquée par la richesse et la diversité des interventions proposées par le Professeur Jean-Christophe Barbato (*Défense de la chanson francophone et droit de l'Union européenne*), Simon Lhermite (*Le rôle de la SACEM dans l'évolution de l'industrie musicale francophone à l'heure du numérique*) et Marion Chaube (*La liberté d'expression du rappeur*), que nous remercions chaleureusement.

Ce n'est toutefois pas cette conférence que vous trouverez dans ce numéro, mais celle qui s'était tenue quelques mois auparavant, à une époque où les visio-conférences étaient le seul moyen de se réunir de manière licite après 18 heures. Nous avons ainsi le plaisir de réunir ici deux perspectives bien différentes sur la notion, assez méconnue, de crypto-nationalisme. Du point de vue du droit administratif français, Matthieu Febvre-Issaly (doctorant en droit public à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne) nous propose une étude des écrits de René Chapus sur l'Europe, qui montrent une autre face du travail de cet auteur marquant du droit administratif en France et où les deux aspects notés par Ruth Sefton-Green dans la doctrine de droit privé européen - le « crypto » et le « nationalisme » - se retrouvent particulièrement. Benjamin Saunier (doctorant en droit international privé à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne) nous démontre quant à lui en quoi la discipline du droit international privé est particulièrement riche pour l'analyse des tendances crypto-nationalistes, en s'intéressant en particulier à l'application de la loi de l'État de nationalité des individus et à l'exception d'ordre public international.

Dans ce même numéro, l'article de Louise Maillet (doctorante en droit international et européen à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne) et d'Agathe Dighiero--Brecht (élève-avocate à l'École de Formation des Barreaux et diplômée du Master 2 Droit international et organisations internationales de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne) fait particulièrement écho à la situation actuelle. Elles y proposent en effet une étude de l'intensité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle apprécie les mesures dérogatoires instaurées par les États membres (en vertu de l'article 15 de la Convention relatif aux états d'exception).

Pour la première fois, il s'agit d'un numéro entièrement francophone et entièrement rédigé par des étudiants ou *alumni* de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Vous remarquerez également que ce numéro est moins fourni que les précédents du point de vue du nombre d'articles. Il s'agit d'abord du signe de l'exigence dont font preuve nos relecteurs, que je tiens à remercier pour leur rigueur et leur engagement, garants de la qualité du contenu publié par notre Revue. Cette baisse du nombre d'articles publiés est également liée, cependant, à une baisse du nombre de soumissions. Bien que cela nous encourage à accroître nos efforts pour améliorer la visibilité de la Revue au sein de la communauté académique, on ne peut s'empêcher d'y voir le signe d'une fatigue générale (ou « fatigue pandémique »), conséquence d'une crise sanitaire qui s'est installée dans la durée et dont l'issue demeure largement incertaine.

Comment tenir compte de ces circonstances, en tant qu'éditeurs académiques, afin de maintenir, autant que possible, une continuité des débats et de la production de savoirs ? Cette question a fait l'objet d'un éditorial<sup>1</sup> dans l'une des principales revues européennes de droit international, le *European Journal of International Law (EJIL)*. L'éditorial se concentre sur les chercheurs et, surtout, les chercheuses ayant des responsabilités familiales (« *caring responsibilities* »), dont les conditions de travail ont été plus durement affectées par les confinements successifs<sup>2</sup>. Cependant, l'ensemble de la communauté académique pourrait bénéficier des propositions qui y sont faites. Parmi celles-ci : encourager la publication d'écrits d'un format plus court que les traditionnels articles académiques. Il y est notamment suggéré de donner aux potentiels contributeurs la possibilité de soumettre des réponses à des articles précédemment publiés par la même revue, qui pourraient figurer dans une rubrique « Débats » (à l'image de la rubrique « EJIL : Debate ! »). Cette proposition nous semble intéressante, et nous invitons donc les personnes qui seront titillées par un article publié dans ce numéro (ou qui l'auraient été par un article publié dans un précédent numéro) à se manifester !

Ces questions, relatives aux évolutions d'une revue qui n'en est qu'à son quatrième volume, pourront être envisagées par une nouvelle équipe. Après le départ de Vincent Bassani et l'arrivée récente de Lisa Forrer, Nolwenn Ribreau et Victor-Ulysse Sultra, dont le travail

---

<sup>1</sup> S. Nouwen, J. Weiler et l'équipe éditoriale d'I•CON (*International Journal of Constitutional Law*), « The Unequal Impact of the Pandemic on Scholars with Care Responsibilities: What Can Journals (and Others) Do? », *European Journal of International Law*, 2021, vol. 32, n. 2, pp. 389-393. Disponible en ligne : <https://www.ejiltalk.org/the-unequal-impact-of-the-pandemic-on-scholars-with-care-responsibilities-what-can-journals-and-others-do/> [consulté le 18 janvier 2022]

<sup>2</sup> Voy. not. : C. Flaherty, « Women Are Falling Behind », *Inside Higher Ed*, 20 octobre 2020. Disponible en ligne : <https://www.insidehighered.com/news/2020/10/20/large-scale-study-backs-other-research-showing-relative-declines-womens-research> [consulté le 18 janvier 2022].

fourni durant ces derniers mois a été plus que précieux, vont quitter leurs fonctions au sein du Comité éditorial. Pouvoir compter sur une telle équipe – dont fait également partie Anne-Charlotte Cervello – m’a permis d’envisager de manière sereine et confiante (du moins, autant que possible !) des responsabilités qui ont été particulièrement enrichissantes et que je vais, moi aussi, très prochainement quitter.

Je profite donc de ces dernières lignes pour adresser tous mes vœux de succès et d’encouragement à la personne qui va me succéder (elle sera désignée au début du mois prochain), et souhaiter une longue vie à cette publication !

Charlotte Collard

*Rédactrice en chef - Doctorante à l’École de droit de la Sorbonne*

### **EDITORIAL: LEARNING FROM “PANDEMIC FATIGUE” TO REINVENT EDITORIAL PRACTICES**

As hoped for in the editorial of the latest issue of the *Sorbonne Student Law Review*, in the past few months, teaching and research activities have resumed within the university’s walls. This includes the Review’s activities, as our conference on “Law and Francophone songs” actually took place on-campus last September. We have been delighted by the richness and diversity of the talks delivered by Professor Jean-Christophe Barbato (*Defence of Francophone songs and EU Law*), Simon Lhermite (*The role of the “SACEM” - Society of Authors, Composers and Publishers of Music - in the evolution of the Francophone music industry in the digital age*) and Marion Chaube (*Rappers’ freedom of expression*).

However, in this issue, you won’t find this conference, but the one that was held a few months earlier, at a time when, in France, videoconferences were the only way to meet (at least lawfully) after 6 p.m. We are pleased to bring together two very different perspectives on the theme of this conference, which focused on the rather unknown notion of crypto-nationalism. From the point of view of French administrative law, Matthieu Febvre-Issaly (doctoral student in public law at the *Institut de recherche de recherche juridique de la Sorbonne*) studies the writings of René Chapus (one of the leading authors of administrative law in France in the second half of the twentieth century) on Europe, which show another side of the work of this author and where the two aspects noted by Ruth Sefton-Green in the doctrine of European private law – “crypto” and “nationalism” – can be particularly found. Benjamin Saunier (doctoral student in private international law at the *Institut de recherche de recherche juridique de la Sorbonne*) shows how private international law is an interesting field when it comes to crypto-nationalist trends, by focusing on two examples: applying an individual’s “national” law and displacing the applicable law because of public policy reasons (“ordre public”).

Also in this issue, the article written by Louise Maillet (doctoral student in International and European law at the *Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne*) and Agathe Dighiero--Brecht (student at Paris Bar School and holder of a Master degree in International law from Université of Paris 1 – Panthéon-Sorbonne) echoes the current situation. They question the intensity of the control carried out by the European Court of Human Rights when it evaluates the derogatory measures introduced by the Member States (under Article 15 of the Convention, on derogation in time of emergency).

For the first time, the *Sorbonne Student Law Review* publishes an issue which is entirely written in French by students or alumni from Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. You will



also notice that this issue has fewer articles than the previous ones. It shows, first of all, that our reviewers have high standards. I would like to thank them for their rigour and commitment, which guarantee the quality of the content published by our Review. This decline in the number of articles published is also linked, however, to a decline in the number of submissions received. Although this encourages us to increase our efforts to improve the Review’s visibility within the academic community, we cannot help but see this decline as a sign of an overall fatigue (or “pandemic fatigue”), which is perfectly understandable in the context of a global sanitary crisis which sometimes seems endless.

How can we take these circumstances into account, as academic publishers? This question has recently been at the heart of an editorial<sup>1</sup> published by the *European Journal of International Law* (EJIL). The editorial focuses on academics with caring responsibilities, whose working conditions have been more severely affected by successive confinements<sup>2</sup>. However, the entire academic community could benefit from the proposals made in this editorial. Among these: encouraging the publication of shorter articles (in comparison with the “proverbial daunting academic article”). In particular, it is suggested that potential contributors be given the opportunity to submit articles in the form of responses to articles previously published by the same journal, which could appear in a “Debates” section (like the “EJIL: Debate!” section). This suggestion could be implemented by the *Sorbonne Student Law Review*, so if you have been disturbed or upset by an article published in this Review, do not hesitate to tell us why!

These questions, related to the evolution of a young academic journal (it is only our fourth volume), will be addressed by a new editorial team. After the departure of Vincent Bassani and the recent arrival of Lisa Forrer, Nolwenn Ribreau and Victor-Ulysse Sultra, whose contributions have been particularly valuable, will leave the Editorial Committee. Being able to count on such a team – of which Anne-Charlotte Cervello is also a member – has allowed me to perform serenely and confidently (at least, as much as possible!) duties which have been particularly rewarding, and which I myself will also very soon leave.

---

<sup>1</sup> S. Nouwen, J. Weiler and I•CON (*International Journal of Constitutional Law*) Editorial Team, « The Unequal Impact of the Pandemic on Scholars with Care Responsibilities: What Can Journals (and Others) Do? », *European Journal of International Law*, 2021, vol. 32, issue 2, pp. 389-393. Available online: <https://www.ejiltalk.org/the-unequal-impact-of-the-pandemic-on-scholars-with-care-responsibilities-what-can-journals-and-others-do/> [retrieved on January 18<sup>th</sup>, 2022]

<sup>2</sup> C. Flaherty, « Women Are Falling Behind », *Inside Higher Ed*, October 20<sup>th</sup>, 2020. Available online: <https://www.insidehighered.com/news/2020/10/20/large-scale-study-backs-other-research-showing-relative-declines-womens-research> [retrieved on January 18<sup>th</sup>, 2022]

I therefore take advantage of these last lines to send my best wishes for success and encouragement to my successor (who will be appointed at the beginning of next month), and wish a long life to this publication!

Charlotte Collard

*Editor-in-Chief – Doctoral student at the Sorbonne Law School*



**RENÉ CHAPUS, L'EUROPE ET LA NATION : LES OPINIONS D'UN POSITIVISTE\***

Matthieu Febvre-Issaly\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>10</b>
<b>1. LA CONTRADICTION .....</b>	<b>12</b>
<b>2. LE SENS DE LA CONTRADICTION.....</b>	<b>21</b>
2.1. LE DROIT DE RENÉ CHAPUS ET LE DÉBAT ENTRE CONCEPTUALISME ET EMPIRISME.....	21
2.2. L'EUROPE ET « L'ÉTAT DU DROIT ADMINISTRATIF » .....	27
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>31</b>

---

\* Cette étude est issue des réflexions débutées lors d'un exposé réalisé dans le cadre du séminaire de contentieux administratif du Professeur Fabrice Melleray dans le cadre du Master 2 Droit public fondamental de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en 2018. Qu'il en soit remercié.

\* Doctorant en droit public à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

### Abstract

*René Chapus was one of the leading authors of administrative law in France in the second half of the twentieth century. He embodied a style specific to the discipline and the era, described as positivist, neutral and technical, which Professor Fabrice Melleray has described as « a contemporary French way of studying administrative law ». However, a look at the author's writings on Europe shows another side of Chapus' work, inclined to break out of his tight reasoning to express sharp opinions. Is this a sign of a hidden nationalism underlying his presentation of the law? The study of this feature of the author's discourse allows us to see how the ordering of positive law, for which Chapus was admired, cannot be neutral. Opinion does not exist alongside conceptual work or reason. On the contrary, behind any construction - since it is a construction - lies a certain vision of law and society. In this case, it was specific to the post-war state, which Europeanisation has replaced by another legitimising rationality for public action.*

### Résumé

*René Chapus a été l'un des auteurs marquants du droit administratif en France dans la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, jusqu'à incarner un style propre à la discipline et à l'époque, volontiers qualifié de positiviste, de neutre et de technique, que le Professeur Fabrice Melleray a qualifié de « manière française contemporaine de faire du droit administratif ». Or, un regard sur les écrits de l'auteur relativement à l'Europe montrent une autre face du travail de Chapus, enclin à sortir de ses raisonnements serrés pour exprimer des opinions tranchantes. Est-ce le signe d'un nationalisme caché qui sous-tendrait sa présentation du droit ? L'étude de ce trait du discours de l'auteur permet de voir en quoi la mise en ordre du droit positif, pour laquelle Chapus était admiré, ne peut être neutre. L'opinion n'existe pas à côté du travail conceptuel ou de la raison. Il y a au contraire derrière toute construction – puisqu'elle est une construction – une certaine vision du droit et de la société. Elle était en l'occurrence propre à l'État de l'après-guerre que l'eupéanisation a remis en question au profit d'une autre rationalité légitimante de l'action publique.*

## INTRODUCTION

L'intime, l'émotion et tout ce qui peut contester l'hégémonie du mythe de la raison cartésienne connaissent un certain succès dans les sciences sociales contemporaines<sup>1</sup>. La science du droit n'est pas en reste, dont plusieurs courants ont cherché à démontrer que l'objectivité des juristes n'allait pas sans une certaine subjectivité<sup>2</sup>, voire des affects<sup>3</sup>. Le droit administratif en particulier semble marqué par un refoulement de l'émotion au profit des constructions rationnelles.

Ruth Sefton-Green a proposé de parler de crypto-nationalisme pour cibler les discours de juristes de droit privé qui, en France et au Royaume-Uni, exprimaient une « *hostile reaction* » au droit européen. Ils s'appuieraient alors sur un postulat implicite selon lequel « *one's national identity is in competition with one's European identity*<sup>4</sup> ». La mise en avant d'une riche culture civiliste et de la forme nécessaire de l'État-nation irait avec un dénigrement d'une culture européenne supposément pauvre et sans traditions. Une différence apparaîtrait alors selon l'auteure entre le discours doctrinal français, volontiers passionnel, quand le crypto-nationalisme anglais, issu principalement des autorités publiques, relèverait plutôt d'un « *pure thinking with reason, albeit instrumental, and not with sentiment*<sup>5</sup> ».

Le constat renvoie à des débats anciens sur la position occupée par la doctrine en droit, dont il est connu, en France, que Kelsen la renvoie à un acte de connaissance, qui consistait à simplement dégager les significations possibles des énoncés normatifs<sup>6</sup>. L'idée d'une neutralité est en effet forte dans la représentation du juriste, quand bien même celui-ci, en droit public, approche de très près les idées politiques. La question posée par Ruth Sefton-Green est d'autant plus intéressante que le rapport entre l'étude et l'objet mérite d'être interrogé, car souvent inconscient, pour ne pas utiliser le terme « crypto » que propose l'auteure. Aussi, la question d'un « crypto-nationalisme » se pose forcément à propos du travail de la doctrine publiciste, qui étudie le droit de l'État. Un présupposé favorable à une identité nationale semble

---

<sup>1</sup> Voir Antonio Damasio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Putnam Publishing, 1994.

<sup>2</sup> Jerome Frank, *Law and the modern mind*, Routledge, 2009 (1930).

<sup>3</sup> C'est par exemple le cas du courant *Law and émotion*, qui ouvre le raisonnement juridique aux affects et appelle à mieux les y intégrer. Le courant est toutefois particulièrement hétérogène. Pour une présentation générale, voir Renata Grossi, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, Vol. 7, No. 1, January 2015, p. 55–60. Voir aussi Kathryn Abrams and Hila Keren, « Who's Afraid of Law and Emotions », *Minnesota Law Review*, vol. 94, no°6, 2010, p. 1997-2074.

<sup>4</sup> Ruth Sefton-Green, « French and English crypto-nationalism and European private law. An exercise in sentiment and reason », *ERCL* 3/2012, p. 260-276.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 273. L'auteure avance l'hypothèse d'un intérêt (et d'une inquiétude) accru pour la question européenne en droit privé français et, peut-être, civil, *Ibid.*, p. 274-275.

<sup>6</sup> Kelsen Hans, *Théorie Pure du Droit* (1960), trad. de Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 454-463.

intrinsèquement lié à la construction même de la science du droit public. Sans doute faudrait-il se demander si l'on peut être enseignant-chercheur en droit administratif sans nécessairement adhérer voire défendre ce présupposé, à la manière de Max Weber qui proposait de son temps de savoir si un professeur de droit pouvait être anarchiste – il répondait d'ailleurs que la chose était possible, à condition que l'enseignant expose clairement ses présupposés<sup>7</sup>.

Les deux aspects notés par Ruth Sefton-Green dans la doctrine de droit privé européen - le « crypto » et le « nationalisme » - se retrouvent particulièrement dans les écrits de René Chapus sur l'Europe. Parce qu'il était volontiers associé à ce que le Professeur Fabrice Melleray a qualifié de « *manière française contemporaine de faire du droit administratif*<sup>8</sup> », en particulier dans un ouvrage récent sur l'auteur<sup>9</sup>, soit un positivisme précis et rigoureux, ses propos sur la « *colonisation*<sup>10</sup> » qu'aurait représenté le droit européen sont remarquables. Comment comprendre cette « *manière* » ? Est-elle simplement une approche du droit qui se distinguerait d'opinions politiques ou celles-ci sont-elles disséminées dans la première ? Il y a une contradiction évidente entre l'analyse juridique serrée qui a rendu célèbre l'administrativiste et l'affect qui transparait dès lors qu'il lui semble que la souveraineté nationale est en jeu (I). Mais l'on ne peut s'arrêter à la simple connotation péjorative du nationalisme<sup>11</sup>, surtout lorsque celui-ci serait caché ou mal assumé. Il faut en interroger le sens, alors que le champ du droit administratif a conçu l'émergence du droit européen dans une dialectique de rejet et d'adhésion. Les émotions qui surgissent du raisonnement de René Chapus sont alors le signe d'une certaine conception du droit, mise à mal par les bouleversements de l'espace normatif européen mais aussi français (II).

Une précision s'impose alors. Si les propos étudiés sont exceptionnels dans l'œuvre de Chapus, ils le sont plus encore dans la doctrine administrativiste en général, qui n'a pas donné à voir le même genre de réaction que celle analysée par Ruth Sefton-Green. Précisément, il s'agit d'isoler un phénomène marginal pour le confronter à quelques idées plus générales sur la discipline, et de mettre en valeur quelques-uns de ses grands débats dans la perspective d'une

---

<sup>7</sup> La neutralité axiologique n'est donc pas le refoulement de toute idée, contrairement à une relecture très actuelle de Weber, Philippe Corcuff, « Le savant et le politique », *Sociologie(S), La recherche en actes*, 6 juillet 2011 (en ligne).

<sup>8</sup> Fabrice Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 145.

<sup>9</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2021.

<sup>10</sup> René Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 6.

<sup>11</sup> Dimension qu'admet Ruth Sefton-Green, *op. cit.*, p. 263. Peut-être d'ailleurs que le terme de nostalgie est plus adapté que celui de nationalisme : la nostalgie de l'État-nation ou d'un Empire. Sur le sujet, on pourra lire l'éclairant Maurizio Bettini, *Contre les racines*, Champs, coll. « Champs actuel » 2017.

étude de discours. Le mouvement d'ensemble a précisément été l'acceptation du droit européen, dans laquelle le Conseil d'État a joué un rôle majeur : le rôle de la doctrine, en ce qu'elle restitue la jurisprudence ou prétend décrire l'état du droit positif, nous intéresse particulièrement ici. Les fondements rationnels de la légitimité du droit administratif ont en effet changé au moment de l'ouverture au droit européen, en décalage avec la vision du droit tout comme la vision politique de René Chapus. Or, son style persiste encore aujourd'hui dans l'étude positiviste du droit administratif.

## 1. LA CONTRADICTION

René Chapus est sans aucun doute l'un des auteurs majeurs du Droit administratif français du XX<sup>ème</sup> siècle, connu pour ses études de notions-clés de la matière, comme le critère du service public ou la valeur juridique des principes généraux du droit, mais aussi pour sa méthode. Outre ses articles<sup>12</sup>, il a rédigé deux manuels imposants<sup>13</sup>, « *une œuvre majeure qui a nourri et nourrira des générations d'étudiants, de chercheurs et de praticiens*<sup>14</sup> », où « *dans une construction toute personnelle, sont rassemblés tous les thèmes et ordonnées toutes les solutions*<sup>15</sup> ». Son analyse fine de la jurisprudence a fait de ses ouvrages une référence jusqu'au Conseil d'État<sup>16</sup>.

Hichem Moussa, qui fit une thèse avec Chapus, a loué un « *rigorisme positiviste*<sup>17</sup> » qui ne figeait pas un âge d'or du droit administratif : « *il n'est pas nostalgique, ni pessimiste*<sup>18</sup> » et « *réserve ses jugements*<sup>19</sup> ». Son « *esprit impitoyablement rationnel*<sup>20</sup> » correspond à un juste milieu entre théorie et empirisme : il est à la fois « *analyse et synthèse*<sup>21</sup> ». Ce style se retrouve

---

<sup>12</sup> Rassemblés dans René Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, 1999.

<sup>13</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2001. René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2004. Notre étude s'appuiera sur ces deux éditions.

<sup>14</sup> Fabrice Melleray, « Mort de René Chapus, professeur de droit », *Le Monde* du 11 août 2017.

<sup>15</sup> Pierre Delvolvé, Pierre Bon, Dominique Pouyaud, « In memoriam - René Chapus (1924-2017) », *RFDA*, 2017, p. 617.

<sup>16</sup> « *Son autorité scientifique lui valut d'être (presque) aussi souvent cité que le président Odent dans les conclusions de ceux que l'on appelait encore les commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État.* », Bertrand Seiller, « René Chapus, figure majeure du droit administratif », *La Semaine juridique*, n°37, 2017, p. 920. « *Avec lui la doctrine n'a plus été vue comme étrangère à la jurisprudence ; la jurisprudence a été éclairée par sa doctrine (par exemple au sujet de la place de la moralité dans la police administrative).* », Pierre Delvolvé, Pierre Bon, Dominique Pouyaud, *op. cit.*, p. 617. Voir aussi Jean-Marc Sauvé, « L'apport de René Chapus au contentieux administratif », Intervention lors de l'Hommage à René Chapus (1924-2017) organisé par l'Université Paris II Panthéon-Assas et le Centre de recherche en droit administratif le 16 janvier 2018 (consultable en ligne).

<sup>17</sup> Hichem Moussa, « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 455-482, spec. p. 464.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 469.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 469.



dans la langue de Chapus, présentée comme « *sobre et assurée, concise et explicite, nuancée et précise, prudente, soupesée, mesurée, proportionnée*<sup>22</sup> ». À ce style est associée une certaine conception du droit que Moussa qualifie alors de « *positivisme technologique* » : en cherchant à se « *départir de toute vue préconçue dans son approche*<sup>23</sup> », Chapus rend la politique « *hors sujet*<sup>24</sup> » et le droit administratif n'est plus qu'une technique, « *expurgé, épuré, dépouillé, aseptisé, aride même, au meilleur sens du mot*<sup>25</sup> », « *essentiellement* » un « *ensemble de solutions*<sup>26</sup> ».

Si les mots d'Hichem Moussa sont forts, l'idée se retrouve dans les différents hommages rendus à l'occasion de la mort du célèbre administrativiste<sup>27</sup>. L'admiration de son influence auprès du Conseil d'État renvoie bien évidemment à une rationalité avancée. À propos de Marcel Waline, qui fut le maître de Chapus, Fabrice Melleray a parlé d'une « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* », qu'il rapporte volontiers au « *positivisme technologique* » évoqué par Hichem Moussa<sup>28</sup> : à l'après-guerre, une génération d'administrativistes succède à celle des grandes constructions théoriques de Hauriou, Duguit et Jèze. La nouvelle génération se concentre sur une approche contentieuse, « *résolument positiviste* » au sens où elle est technique, attachée à décrire le droit positif<sup>29</sup>. Jean-Jacques Bienvenu a déploré une telle approche en des termes célèbres, y voyant une simple exégèse des textes juridiques et de la jurisprudence : il cible en particulier les louanges adressées à Chapus par les membres du Conseil d'État, loin de ce qu'il estime être la nature du travail universitaire<sup>30</sup>.

Pourtant, un regard sur le rapport de Chapus à l'Europe trouble. On trouve dans les manuels de l'éminent juriste un jugement de valeur de l'ordre du souverainisme mêlé aux propos descriptifs. La neutralité, la sobriété et la grande maîtrise technique semblent, quand il s'agit d'Europe, être mises en parenthèse ; les opinions politiques surgissent par touches, de manière brève mais indiscutable. Comme l'a observé Fabrice Melleray :

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 470.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>27</sup> Voir notes 15, 16 et 16, *supra*.

<sup>28</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>29</sup> Fabrice Melleray, « Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif », *op. cit.*, p. 145. Voir plus largement Fabrice Melleray, Christophe Jamin, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2018.

<sup>30</sup> Jean-Jacques Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n°1, 1985, p. 154

« On se méprendrait grandement en estimant que l'homme disparaissait derrière l'œuvre. Une lecture attentive de ses travaux révèle au contraire, dans un style inimitable où le plan ne compte guère et où l'essentiel se niche souvent sous l'intitulé « *précision complémentaire* », de fortes convictions. Il suffit de parcourir les développements consacrés au droit de l'Union européenne, qu'il ne portait guère dans son cœur, ou encore ceux illustrant son profond attachement au service public « à la française » pour s'en convaincre.<sup>31</sup> »

Dans la préface au recueil de ses textes *L'Administration et son juge*, publié en 1994, Chapus revient sur les évolutions alors récentes du droit administratif. Il note alors que « l'évolution de la jurisprudence illustre les progrès de la sensibilité du juge administratif aux exigences du droit européen, tel qu'interprété par les cours européennes, et, par là même, la progression de la *colonisation* par ce droit de l'ordre juridique national.<sup>32</sup> » (nous soulignons)

Lorsqu'il présente les sources du droit administratif dans la 15<sup>ème</sup> et dernière édition de son manuel, en 2001, René Chapus utilise des termes tout aussi forts, évoquant une « *emprise* », une « *dénationalisation* » et une « *colonisation* » (encore), fruits d'une « *infiltration extensive* »<sup>33</sup>. L'auteur cible « *la jurisprudence négatrice des identités nationales de la CEDH*<sup>34</sup> », mais surtout l'Union européenne et en premier lieu la Commission :

« La Commission est au cœur de l'Union européenne. Elle est à la fois le législateur réel et l'exécutif puissant. Les États n'auront bientôt de plus de l'État qu'un reste de signes extérieurs.<sup>35</sup> »

Nul besoin d'être tout à fait favorable au projet européen pour se rendre compte de l'aspect essentiellement imagé des termes utilisés, plus qu'ils ne décrivent une réalité.

Ces considérations générales, le juriste les a appliquées à des points de droits qui faisaient alors débat, se faisant alors plus mesuré, mais sans se démettre de formulations chargées en affects. À commencer par le contentieux des directives européennes, associées à une « *inlassable ardeur normative de la commission*<sup>36</sup> », alors que « les règlements et directives communautaires tendent à devenir innombrables et la question du respect dû aux traités est, en fait, beaucoup moins importante que celle du respect qui serait dû aux actes dérivés.<sup>37</sup> »

---

<sup>31</sup> Fabrice Melleray, « Mort de René Chapus, professeur de droit », *op. cit.*

<sup>32</sup> René Chapus, *L'administration et son juge*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>33</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> édition, 2001, p. 132.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 132

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 134

<sup>37</sup> *Ibid.*

Et Chapus de saluer l'arrêt Cohn-Bendit de 1978, « *remarquable*<sup>38</sup> » en ce qu'il laisse les États compétents pour décider des moyens de mettre en œuvre les directives en ne reconnaissant pas leur effet direct tant qu'elles n'ont pas été transposées. Or, Chapus l'admet, l'arrêt est « *remarquable moins, en vérité, en raison de la solution (...) que par le fait que cette solution contredisait la jurisprudence de la CJCE*<sup>39</sup> » (sa décision Van Duyn de 1974 et la décision Van Gend en Loos de 1963). Logiquement, Chapus dénonce l'abandon progressif de cette jurisprudence lorsque le Conseil attribue un effet direct aux dispositions précises et inconditionnelles des directives non transposées<sup>40</sup>, « *ce qui assurément, est contraire à notre tradition juridique*<sup>41</sup> ». C'est surtout une reprise de la jurisprudence européenne, alors même qu'elle « *persiste à s'écarter du traité de Rome* » au détriment, précisément, des « *autorités nationales* »<sup>42</sup>. La cible des attaques de René Chapus est passée de la Commission à la Cour, où l'on voit que c'est bien la Communauté qu'il rejette, sous la forme d'un glissement du pouvoir au profit des institutions européennes. Il est difficile de ne pas penser à la décision récente du Tribunal constitutionnel polonais, qui jugeait les articles premier et quatre du Traité sur l'Union européenne contraires *in abstracto* à la Constitution polonaise, et notamment à la souveraineté nationale : c'est en réalité l'interprétation du traité quant à leurs compétences par la Commission européenne et la Commission qui était en cause<sup>43</sup>. Bien loin toutefois de l'opposition politique de la Cour polonaise, l'administrativiste français s'en tient à rappeler les institutions européennes à ce qu'il estime être la réalité des traités.

René Chapus a offert son raisonnement le plus célèbre vis-à-vis de l'Europe à propos de l'article 55 de la Constitution. L'arrêt Nicolo de 1989, dans lequel le Conseil d'État accepte de contrôler la conventionnalité des lois parce que l'article 55 de la Constitution de 1958 l'y habilitait, est « *un brusque bond en avant*<sup>44</sup> » à la « *portée révolutionnaire* » : « *le rapport aux*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 140. Il note d'ailleurs que la doctrine a eu pour cette décision « *un intérêt (le plus souvent mêlé d'émotion)* », *Ibid.*, p. 140.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>40</sup> CE, Ass., 3 février 1989, Alitalia (pour les actes administratifs réglementaires : pour les actes individuels, il faudra attendre CE, Ass., 30 octobre 2009, Madame Perreux, soit après la rédaction de la dernière édition par Chapus de son manuel).

<sup>41</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, 138.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 141 : « *la Cour de Justice persiste ainsi à s'écarter du traité de Rome, aux dispositions duquel le Conseil d'Etat ne fait, au contraire, que se tenir. Et il reste que la jurisprudence de la Cour de Justice tend à accroître la part du droit communautaire directement applicable et par suite à amoindrir le rôle que le traité confie aux autorités nationales. Par là même, elle modifie, en méconnaissance du traité (qui est la seule source des droits et obligations des Etats), la répartition des compétences entre les autorités communautaires et les autorités nationales* ».

<sup>43</sup> Florian Reverchon, « Le nouvel arrêt du Tribunal constitutionnel polonais sur l'application du droit européen : quelles conséquences juridiques ? », *JP Blog*, 19 octobre 2021 (à propos de la décision du 7 octobre 2021).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 154.

*lois du juge administratif est changé* », annonçant « *la fin de la souveraineté de la loi ou, plus exactement, de ce qui en reste* »<sup>45</sup>. Si la solution des Semoules de 1968 était celle « *du parti de la tradition* », une « *solution banale* » eu égard au refus de voir le juge administratif contrôler la constitutionnalité des lois<sup>46</sup>, elle était la cause d'un conflit entre le Conseil et la Cour de justice - « *ceci ne surprendra pas*<sup>47</sup> », ajoute l'auteur entre parenthèses : c'est bien toujours à l'aune de ce conflit de pouvoir que Chapus relit le droit européen. Et la nouvelle solution participe également du glissement du pouvoir vers l'Europe analysé plus haut,

« à cause de l'extension de l'emprise du droit communautaire, par l'intermédiaire des actes dérivés, sur le droit interne, emprise qui paraît ne pas devoir connaître de limites ou de limites certaines et qui est susceptible d'emporter, tout particulièrement, la dénationalisation du droit administratif. On sera ainsi conduit, et par l'effet même de la Constitution de 1958 ! à la fin de la souveraineté du droit français ou, là encore et plus exactement, à la fin de ce qui en subsiste.<sup>48</sup> »

Le propos est volontiers dramatique.

S'il n'était pas favorable à la solution de Nicolo, Chapus la juge néanmoins acceptable précisément parce que le Conseil fait appel à la Constitution française plutôt qu'au droit européen (comme l'avait fait la Cour de cassation en 1975), contournant alors une « *passion supranationaliste* » :

« En faisant appel, pour fonder la solution nouvelle, à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État s'est situé sur le seul terrain juridique solide. Alors même que, dans l'espèce Nicolo, le droit communautaire était en cause, il n'a rien, contrairement à ce qu'avait fait la Cour de cassation dans l'affaire que l'on sait, invoqué une spécificité quelconque de ce droit qui (comme dans un État fédéral) lui donnerait le privilège « naturel » de pouvoir l'emporter sur celui des États membres. De ce fait, la jurisprudence administrative ne se trouve en rien liée à la passion supranationaliste qui est une des modes de notre époque.<sup>49</sup> »

Soit la lecture que Chapus avait suggérée lui-même, s'il avait fallu suivre cette voie<sup>50</sup>. Patrick Frydman, dans ses conclusions sous Nicolo, cite d'ailleurs Chapus<sup>51</sup>. Aussi la solution, malgré « *le nombre des notes et commentaires (...) très majoritairement favorables et parfois enthousiastes* », vaut par sa sobriété selon Chapus, parce qu'elle ne laisse rien d'une victoire à

---

<sup>45</sup> René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 25.

<sup>46</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 154.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>48</sup> René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 25-26.

<sup>49</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 160.

<sup>50</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 664.

<sup>51</sup> Patrick Frydman, conclusions sur CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Lebon p. 194. Voir Daniel Labetoulle, « *Des Semoules à Nicolo* », *RFDA* 2014, p. 585. Patrick Frydman a pu rappeler que la requête avait surtout été l'occasion d'opérer le revirement qui avait mûri au sein de l'institution, lors du colloque organisé le 14 octobre 2019 par le Conseil d'État, « Il y a 30 ans, l'arrêt Nicolo : petite histoire d'un grand arrêt ».

la spécificité européenne : « *Aucune déclaration de principe. Rien de solennel* », rien qui « *ne se rapporte à un conflit entre normes juridiques* » et donc aucune proclamation de la supériorité du droit international, mais simplement la prévalence en l'espèce d'un traité<sup>52</sup>. René Chapus est ici conforté par une manière de concevoir le contrôle de conventionnalité que l'on a pu qualifier d'application préférentielle, c'est-à-dire où le juge vient simplement regarder la norme applicable plutôt que de juger la loi contraire au traité<sup>53</sup>. On peut penser que la lecture de l'arrêt *Nicolo* par Chapus s'éloigne de la réalité du contrôle de conformité opéré<sup>54</sup>, mais il s'agit surtout, de la part du juge avec l'application préférentielle comme dans la lecture de René Chapus, d'éviter un conflit difficile.

Mieux encore, selon l'auteur, *Nicolo* maintiendrait devant le « *juge national* » la question de la validité des lois, « *alors qu'elle peut l'être (plus désagréablement) par des juridictions extérieures (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice des communautés européennes)* »<sup>55</sup>. C'est toujours cet « *extérieur* » qu'il égratigne, sans vraiment nommer l'illégitimité qu'il semble lui associer. Lorsqu'il évoque le renvoi à la CJCE des questions d'interprétation des traités dans son manuel de contentieux administratif, Chapus parle d'un « *effacement du juge national devant la juridiction européenne*<sup>56</sup> » qui vient ruiner, précisément, les efforts de *Nicolo*. Cela alors même que, pourtant, le système européen repose sur une subsidiarité qui fait du juge national le juge de première instance du droit européen. René Chapus ne fournit pas non plus une analyse du système européen qui pourrait venir interroger, par exemple, la mesure dans laquelle ses institutions proviennent des États membres. La frontière entre l'externe et l'interne est difficile à tracer.

C'est le même genre de sentiment qui apparaît lorsque René Chapus s'insurge contre la décision *Procola c. Luxembourg* de la Cour européenne des droits de l'homme de 1995, qui condamne le cumul des fonctions de juridiction et de conseil par les membres du Conseil d'État luxembourgeois. Chapus estime qu'il n'y a pas lieu de faire pareil reproche au Conseil français, mais que la Cour européenne le fera sans doute<sup>57</sup>, et il s'interroge alors : « *Faudra-t-il un jour, en conséquence d'un accès de juridisme aigu de la Cour européenne, modifier la composition*

<sup>52</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>53</sup> Voir par exemple les conclusions de Martine Laroque sous CE, Ass., 28 Février 1992, Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France, Lebon p. 78.

<sup>54</sup> Sur cette conception du contrôle, voir Xavier Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* chron. n°08, 2015.

<sup>55</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>56</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 119

<sup>57</sup> Il écrit en 2004, avant la décision *Sacilor-Lormines* de 2006 qui porte sur la situation française, et aboutit à une conclusion inverse de celle du cas luxembourgeois.

*de l'assemblée (...)*?<sup>58</sup> ». Le qualificatif étonne sous la plume d'un juriste, on y reviendra. Avec la décision Procola, il est possible que

« ... se soit exprimée une hostilité de principe à la conception française de la justice administrative, présentée comme étant nécessairement (« structurellement ») à l'origine d'un risque, ou au moins de l'apparence, d'une justice partielle (ce qui, selon les vues anglo-saxonnes de la Cour, suffirait à la rendre condamnable).<sup>59</sup> »

Le propos exprime alors une hostilité contre... une hostilité supposée, venue d'un ailleurs cette fois qualifié d'« *anglo-saxon* ».

Déjà, en présentant la « *colonisation* » du droit interne que constituait le droit européen, René Chapus citait sans trop d'explication cette phrase de Valéry : « *L'Europe aspire visiblement à être gouvernée par une commission américaine*<sup>60</sup> ». L'incrimination est d'autant plus marquante que la phrase date d'avant le projet européen, en 1927, et cible les conséquences de la première guerre mondiale<sup>61</sup>, mais est suivie d'une remarque de Chapus qui précise que « *la commission qui nous gouverne n'est pas (tout au moins, géographiquement) américaine*<sup>62</sup> ». L'auteur laisse entendre une forme de proximité que l'on devine fondé sur l'imaginaire d'un libéralisme qui serait spécifiquement américain, ou peut-être signifie-t-il une inspiration fédérale. Quoi qu'il en soit, c'est bien cela que cible Chapus, car ce ne peut être le seul « *juridisme aigu* » que rejette Chapus, ni le pouvoir du juge qu'il attaquait plus haut, puisque son œuvre n'est pas connue pour être critique du rôle du juge en général. Il défend, au contraire, la haute juridiction administrative française sans interroger en détail son pouvoir de la même manière qu'il semble mettre en cause l'interprétation des traités par la Commission européenne ou la CJCE quant à leur propre rôle.

Face à l'Europe, enfin, Chapus défend le service public. Évoquant le rapport public de 1994 du Conseil d'État<sup>63</sup>, il jugeait que :

« le service public est actuellement menacé du fait de l'envahissement de notre ordre juridique par les réglementations communautaires, qui vont dans le sens du refoulement maximal des services publics, c'est-à-dire de leur réduction à ceux

---

<sup>58</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>60</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>61</sup> Paul Valéry, « Notes sur la grandeur et la décadence de l'Europe », in *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Paris, Gallimard, 2009, p. 28.

<sup>62</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>63</sup> Dont l'analyse est célèbre : « *L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics* ». La parole institutionnelle n'est pas l'objet de notre étude mais il y aurait beaucoup à dire du langage fleuri de ce rapport célèbre.

dont on ne conçoit pas (ou pas encore) qu'on puisse se passer : 'les services régaliens'.<sup>64</sup> »

Il cible là encore « *le risque de dépérissement auquel l'emprise sans cesse croissante du droit communautaire sur le droit national expose le service public*<sup>65</sup> », le service universel européen qu'il relie immédiatement à une origine américaine et, sans transition, à « *l'idéologie des marchands*<sup>66</sup> ». <sup>67</sup>

Le présupposé de ces attaques est celui d'une souveraineté nationale qui devrait primer : il est courant en effet d'estimer, sans en interroger l'idée, que la souveraineté ne se définit pas seulement comme la capacité d'un État à agir (et donc à signer des traités) mais comme l'expression monolithique d'un peuple mal défini<sup>68</sup>. Chez les juristes, la souveraineté est définie soit comme le choix d'un constituant<sup>69</sup>, soit, plus fréquemment, comme une notion que l'on tirerait des textes constitutionnels ou de valeurs comme celles de l'État de droit<sup>70</sup>. Cette seconde conception, René Chapus l'a mise en avant dans un texte dans lequel il égratigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel, jugeant que l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* ») aurait dû être utilisé à l'égard de l'Europe<sup>71</sup>. C'est alors une question d'indépendance nationale, celle que viserait la Constitution de 1958 en son article 5 :

« Il est particulièrement important qu'il en soit ainsi, dans le contexte international actuel, puisque cette indépendance ne peut que mal s'accommoder des tendances supranationales qui animent certains secteurs de l'opinion publique, ainsi

<sup>64</sup> René Chapus, *Droit administratif général*, op. cit., p. 574.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 576.

<sup>67</sup> On pense à la lettre de démission du conseiller d'État (et célèbre essayiste) Régis Debray, qui écrivait : « *Le Conseil d'État est un lieu d'excellence. Encore faudrait-il qu'il y ait un État à conseiller. À quoi sert de servir quelque chose qui ne sert plus ? Pourquoi soigner un corps dont l'âme s'éteint ? De l'État républicain, celui qui survit bon an mal an sous nos yeux, ayant déserté ses propres principes et finalités, n'a plus que les apparences... Sous couvert de « modernisation », l'abaissement des services publics en entreprises commerciales et l'intérêt général partout remplacé par la seule logique de rentabilité (...). Le Conseil d'État m'apparaissait alors comme un des foyers de résistance possible à l'air du temps. N'est-il pas soustrait à la tyrannie de l'opinion, aux pressions des puissants et au besoin de soigner son « image » ? Je ne vous cacherai pas, Monsieur le Président, qu'il m'est arrivé, ces derniers temps, d'en douter... Les dernières décisions, dont l'arrêt Nicolò, prises par le Conseil depuis 1987, à l'encontre de toute sa jurisprudence antérieure, ont déjà soumis les lois françaises aux règlements communautaires, étrangement assimilés pour la circonstance, à des traités internationaux. Primauté du droit européen sur le droit national qui ratifie, en clair, l'inanité de nos débats législatifs, l'inutilité de notre Parlement, et la vieillesse du vieux principe selon lequel le peuple est source de tout pouvoir* ». Régis Debray, *Loués soient nos seigneurs : une éducation politique*, Gallimard, 1996, p. 479-480. Reproduit par Luc Rouban, « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Cahiers du CEVIPOF*, n°49, 2008, p. 94.

<sup>68</sup> Sur cette question, voir l'étude critique de Catherine Colliot-Thélène, *La démocratie sans démos*, PUF, coll. « Pratiques théoriques », 2011.

<sup>69</sup> C'est la thèse d'Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994.

<sup>70</sup> Voir Matthieu Febvre-Issaly, « L'Europe et le patriotisme constitutionnel », *L'Esprit européen*, dossier « Fédérer », 28 mars 2021 (consultable en ligne).

<sup>71</sup> René Chapus, *L'administration et son juge*, op. cit., p. 402s.

que dans des institutions telles que le Conseil de l'Europe, et surtout, les Communautés européennes.<sup>72</sup> »

Or, selon Chapus, en ne visant pas l'article 3 de la DDHC, et en laissant floue sa distinction entre le transfert (inconstitutionnel) et la limitation (constitutionnelle) de souveraineté, la jurisprudence du Conseil montrerait que « *l'atteinte à la souveraineté ne paraît ne devoir être reconnue que dans des cas extrêmes*<sup>73</sup> ». On retrouve là le danger d'un transfert de pouvoir vers l'Europe, pourtant à peine qualifié<sup>74</sup> : Chapus n'est pas connu pour son influence en droit européen ou en droit constitutionnel. Ici comme dans les opinions de l'auteur sur le droit administratif, l'Europe est conçue comme un extérieur qui viendrait « coloniser » l'intérieur c'est-à-dire la sphère de l'État-nation doté de la souveraineté. La notion formelle mise en avant par les juristes, qui peut tout à fait correspondre à l'Europe puisque le constituant valide l'intégration<sup>75</sup>, est mêlée à la vision commune et plus politique, voire idéologique, qui se pare d'une simple déduction de la DDHC : cette vision commune fait de la souveraineté un bloc, inspiré d'une lecture de Rousseau sur la souveraineté populaire, qui ne permettrait pas d'appréhender la complexité des structures à l'europpenne<sup>76</sup>.

Quoi qu'il en soit, il y a une contradiction étrange entre le style rigoureux et mesuré dont font état les observateurs de René Chapus et ses propos sur l'Europe en des termes peu amènes. Cette contradiction ne prend toutefois pas la forme d'une frontale opposition entre deux styles, mais de sorties un peu vives, prises dans le maillage serré d'une analyse qui, elle, relève bien des talents du juriste. Les points d'achoppement sont les mêmes que ceux que notait Ruth Sefton-Green : la valorisation d'une tradition nationale supposément riche d'une part, et l'idée d'un extérieur qui viendrait perturber l'intérieur ou l'interne d'autre part. Avec en plus ici le rejet d'une influence idéologique américaine (un autre extérieur encore) et l'idée d'un transfert de pouvoir au-dehors, vers Bruxelles. Si l'on considère en revanche la différence qu'observait Ruth Sefton-Green entre la doctrine française volontiers passionnelle et la doctrine

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 404. Il est vrai que le Conseil, encore aujourd'hui, se refuse à toute définition de cette notion (de ce concept ? de ce principe juridique ?) controversée, Olivier Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n°21 (consultable en ligne).

<sup>74</sup> Ainsi les dispositions de l'Acte unique de 1986, selon Chapus, en ce qu'elles instituent le vote à la majorité et non plus à l'unanimité au sein du Conseil européen, « *dépassent même la notion de limitation de souveraineté. C'est-à-dire qu'elles doivent être considérées comme comportant abandon de souveraineté, et, par là même, transfert partiel de celle-ci. Elles sont donc incompatibles avec le respect dû à la souveraineté nationale, c'est-à-dire tant avec l'article 3 de la Déclaration qu'avec l'article 3 de la Constitution.* », René Chapus, *L'administration et son juge*, *op. cit.*, p. 406.

<sup>75</sup> Voir Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007.

<sup>76</sup> Pour une critique d'une telle interprétation de Rousseau et une relecture de la souveraineté comme partagée, Céline Spector, *No demos ? Souveraineté et démocratie à l'heure de l'Europe*, Seuil, 2021.



britannique plus mesurée et instrumentale, on est tenté de penser que les écrits de René Chapus se situent à mi-chemin. Des moments d'émotion que l'on imagine particulièrement sincères surgissent au sein d'une rationalité incontestable, bien loin d'auteurs civilistes plus volontiers lyriques. C'est que le sens de cette contradiction montre les attermolements de cette rationalité : une vision particulière du droit qui est battue en brèche au moment où Chapus écrit.

## 2. LE SENS DE LA CONTRADICTION

La contradiction entre les propos de Chapus sur l'Europe et son discours technique par ailleurs se comprend lorsque l'on considère sa manière à la fois systématisatrice et casuistique d'analyser le droit positif (A). C'est une vision idéologique du droit qui s'est confrontée à des changements majeurs dans les années 1980 et 1990, lorsque l'Europe participe d'un changement de rationalité au sein de l'État (B).

### 2.1. Le droit de René Chapus et le débat entre conceptualisme et empirisme

La contradiction qui apparaît entre l'image de René Chapus et ses propos sur l'Europe n'en est en réalité pas une. Elle est le signe d'un choc profond entre deux ordres de valeurs, dont l'un, qui perdait de son lustre, était particulièrement cher à l'administrativiste. L'Europe heurte en premier lieu la construction du droit interne à laquelle il a dédié sa carrière. Pour Hichem Moussa, Chapus a en effet réalisé une « *œuvre constructive du DA* », une « *construction générale du DA* », ou encore une « *construction systématique* »<sup>77</sup>. Si « *ce dessein passe par l'étude détachée et sobre du droit positif en lui-même et pour lui-même* », il ne s'agit de rien de moins que de « *pacifier le DA, assurer sa certitude et donc la sécurité juridique* » au milieu d'un « *champs de cacophonie* »<sup>78</sup>. La « *manière française de faire du droit administratif* » que Fabrice Melleray associe à Marcel Walline et René Chapus recoupe en partie le « *positivisme technologique* » :

Cette conception fait primer une analyse dogmatique, centrée sur la systématisation du droit positif et tout particulièrement la jurisprudence administrative, et entend exclure de son spectre d'investigation la dimension politique tout en n'usant des sciences sociales qu'avec une grande retenue.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 462.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>79</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 12-13.

Si le Professeur Melleray adopte des termes plus mesurés qu'Hichem Moussa, il le rejoint en tous points dans la description de l'approche de René Chapus<sup>80</sup>. Et l'auteur de citer ce dernier lorsqu'il avance que la doctrine peut « *non créer le droit, mais aider à sa création*<sup>81</sup> ». Mais le travail de la doctrine, ici, s'il n'est pas celui d'une seule science, repose néanmoins sur l'étude rationnelle en ce qu'il « *présente* » puis, dans une seconde phase, « *critique* » le « *matériau* » qu'est le « *droit positif* » et « *guide les solutions futures* »<sup>82</sup>. Or, est-ce une distinction pertinente pour comprendre la conception du droit dont il est question ici ?

On ne peut parler à la fois de description neutre du droit positif - « *en lui-même et pour lui-même* » comme écrivait Hichem Moussa - et d'un constructivisme, qui induit une certaine position normative vis-à-vis de la réalité ainsi construite. C'est bien la fonction créatrice de la doctrine, dont Jacques Chevallier notait qu'elle ne relève pas « *d'une simple description mais d'une véritable reconstruction, qui passe par un travail de systématisation et de mise en cohérence*<sup>83</sup> ». Comme l'écrivait Jean Rivero dans son « Apologie pour les faiseurs de systèmes », vantant le « *chœur à deux voix* » du juge et de la doctrine, « *la règle dont (le juriste) est gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, elle a pour raison de les discipliner*<sup>84</sup> ». En cela, le droit administratif est une « *construction intellectuelle merveilleusement stimulante*<sup>85</sup> ». Marcel Waline, dont on rappelle qu'il fut le directeur de thèse de René Chapus, défendait lui-même l'importance des catégories doctrinales<sup>86</sup>.

Cette qualification n'est toutefois pas satisfaisante concernant le travail de René Chapus. Car la « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » se voulait simple exégèse de la jurisprudence et s'en éloigne comme une critique serrée plus qu'un travail de théorie<sup>87</sup>. William Gremaud estime ainsi que « *les travaux de René Chapus révèlent davantage une volonté de présenter clairement le phénomène juridique que de le reconstruire rationnellement* », selon une « *démarche empirique* » plus proche selon William Gremaud de

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 48-51.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>83</sup> Jacques Chevallier, « Les interprètes du droit », in Yves Poirmeur, Alain Bernard, CURAPP, CHDRIP, *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 267. Il n'est pas clair que Kelsen lui-même, lorsqu'il assignait à l'interprétation scientifique un rôle descriptif, ne laissait pas ouverte la possibilité qu'elle fut également prescriptive, puisqu'elle devait informer l'interprétation authentique qui, elle, était forcément créatrice, aucune méthode claire ne permettant d'atteindre la norme, voir note 4, *supra*.

<sup>84</sup> Jean. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de système » (1959), in de Laubadère A., Mathiot A., Rivero J., Vedel G., *Pages de doctrine*, L.G.D.J, 1980, p. 10.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>86</sup> Marcel Waline, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, t. 1, 1963, p. 359. C'est bien là le rapprochement qu'opère Fabrice Melleray.

<sup>87</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 50.

la « *modestie* » d'un H.L.A Hart que de la froideur techniciste d'un Kelsen auquel, en France, on associerait trop rapidement le positivisme<sup>88</sup>. Son travail relèverait plutôt d'un « *positivisme critique* » qui pousse à des évolutions du droit, de la même manière que Hart admettait une possible critique morale du droit (sans que la morale n'en soit elle-même une source). En particulier, selon William Gremaud, il s'agirait de lutter contre les « *incohérences* » et le « *désordre* » dans la jurisprudence. L'auteur apporte pour exemple... l'Europe et la solution suggérée pour Nicolo, preuve d'un pragmatisme en lieu d'un dogmatisme associé aux grandes constructions logiques<sup>89</sup>.

Il semble que « *la manière contemporaine française de faire du Droit administratif* » qu'incarne Chapus se situe quelque part entre les grandes constructions auxquelles pensait Rivero et le réductionnisme extrême qu'y opposait le vice-président du Conseil d'État Bernard Chenot. Dans une célèbre attaque de la « *métaphysique* » de Rivero, celui-ci jugeait en effet que « *la conception française du droit était cartésienne et classique, harmonieuse et rassurante*<sup>90</sup> », pour préférer (en 1953) l'« *existentialisme* » des études de détail<sup>91</sup>. Mais cette « *manière* » de travailler le droit, même ramenée à un objet plus modeste, demeure créative. Car la restitution du droit est forcément une manière de le construire, ainsi que l'illustre la pratique du manuel dans laquelle Chapus a excellé : c'est sans doute cette construction rationnelle là qu'évoque Hichem Moussa, qui n'est pas tout à fait la rationalité visée par Rivero, puisque Chapus s'adonnait à une reconstruction jurisprudentielle serrée et à assez peu d'embardees conceptuelles. Son approche serait alors un « *pragmatisme* » plutôt que le « *rationalisme constructiviste* » d'un Charles Eisenmann, même si l'un comme l'autre peuvent faire des propositions doctrinales<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> William Gremaud, « Le positivisme de René Chapus », *RFDA*, 2019, p. 361-368.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 365 : « En outre, le « *désordre* » des règles contentieuses qu'engendre la « *pression du droit européen* » figure parmi les raisons pour lesquelles l'auteur considère cette intégration avec défiance. Cependant, malgré l'hostilité qu'il manifeste à l'égard du droit européen, René Chapus ne fait pas preuve de dogmatisme et défend l'abandon de la jurisprudence des Semoules, notamment en ce qu'il contribuerait, par l'unification des pouvoirs des juges administratif, judiciaire et européen, à assurer l'intelligibilité du droit. Les arguments développés par René Chapus, évoqués, avec ceux de Bruno Genevois, par Patrick Frydman dans ses conclusions sur l'affaire Nicolo, font ainsi partie des « *sources matérielles* » du principe selon lequel le juge doit se prononcer sur le moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec un traité qui lui est antérieur ». En somme, Chapus serait proche d'un utilitarisme britannique dans sa critique.

<sup>90</sup> Bernard Chenot, « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, vol. 3, n°1, 1953, p. 62.

<sup>91</sup> C'est en tous cas la position de Marcel Waline, comme le note Fabrice Melleray, *op. cit.*

<sup>92</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus*, *op. cit.*, p. 65-70. Le Professeur Melleray note cependant un rapprochement, sur le fond, d'avec Charles Eisenmann : René Chapus et lui ont en effet tous deux défendu que le droit administratif n'était pas tout à fait distinct du droit privé, même si l'auteur du manuel de Contentieux administratif estimait que c'était bien la spécificité de ce dernier qui justifiait une autonomie.

Ce pragmatisme est-il simplement possible ? N'est-il pas qu'une autre manière de produire de la théorie ? Plutôt qu'une forme faible de constructivisme, n'est-ce pas au contraire une forme d'autant plus forte qu'elle porte la robe rouge qui rapproche le Professeur de droit du juge ? Le projet associé à Chapus d'ausculter les lacunes et incohérences de l'œuvre jurisprudentielle à la manière d'un Hart renvoie plus clairement encore à une proposition normative, au-delà d'une simple description. Comme l'observait Kelsen, « *the so-called 'gap', then, is nothing but the difference between the positive law and a system held to be better, more just, more nearly right.*<sup>93</sup> ». Le « *positivisme technologique* », derrière l'idée d'une technique neutre – on ne peut que penser à la « *technologie* » évoquée par Kelsen<sup>94</sup> -, renvoie à l'idéal moral d'un système juridique complet, régi par la logique<sup>95</sup>, c'est-à-dire un positivisme qui n'est pas tout à fait neutre : le droit « *as it is and ought to be*<sup>96</sup> ». Dit autrement, tout raisonnement au sein d'un système juridique revient toujours à des présupposés situés hors de ce système.

Dans l'approche systémique, la doctrine devrait, c'est particulièrement clair dans le texte de Rivero, construire le droit de manière à ce qu'il remplisse une fonction protectrice, sécurisante et stabilisante : une « *Mission*<sup>97</sup> » aux accents religieux. Il s'agit bien là de ce mythe d'un droit clair, cohérent et rationnel que le juge américain Jerome Frank ramenait à un désir d'ordre et de tranquillité<sup>98</sup>. Le texte de Moussa ressemble d'ailleurs à une profession de foi : la « *finalité ultime et suprême*<sup>99</sup> » de la construction de Chapus est en effet d'assurer la légitimité du juge et du droit administratifs, c'est-à-dire sa spécificité « *irréductible*<sup>100</sup> », car Chapus a « *foi*<sup>101</sup> » en la rationalité et la cohérence du droit administratif, lesquelles « *ne cessent et ne doivent cesser de gagner*<sup>102</sup> ». Face aux critiques que pourrait recevoir le positivisme

<sup>93</sup> Hans Kelsen, « On the theory of interpretation » (1934), *Legal Studies*, vol. 10, 1990, p. 133.

<sup>94</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 79.

<sup>95</sup> Voir Michel Troper, « Sur le « dogme » de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, n°47, 2008, p. 249-258.

<sup>96</sup> Herbert Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n°4, 1958, p. 602. Hart renvoie alors à une connexion entre droit et morale que rejeterait le positivisme, la morale étant conçue comme une finalité qui ne renverrait pas au système juridique lui-même, de la même manière que Hans Kelsen plaçait une norme fondamentale au sommet de l'ordre juridique. La différence est tenue toutefois entre cette position et un « quasi-positivisme » proche du jusnaturaliste qui conçoit l'obéissance au droit comme un fondement moral, sans pouvoir le déduire d'une norme positive, Alf Ross, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », in Alf Ross, traduit et présenté par Eric Millard et Elza Matzner, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, 2004, p. 149-166.

<sup>97</sup> Jean Rivero, *op. cit.*, p. 10.

<sup>98</sup> Jerome Frank, *op. cit.* Pour l'auteur, la croyance en l'objectivité du droit provient essentiellement d'une relation émotionnelle à l'autorité qui vient de l'enfance (voir en particulier p. 14-25, 75-82 et 268-269).

<sup>99</sup> Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 472.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 476.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 467.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 467.

technologique pour sa fausse neutralité, il estime justement qu'il s'agit de rendre plus technologique l'œuvre de légitimation. Avec Chapus ajoute-t-il, « *l'exposé du DA devient écriture de tables sacrées*<sup>103</sup> ». Le thème du mythe joue d'autant plus que Chapus lui-même s'exprimait très peu sur son travail, ainsi l'essentiel des qualifications viennent d'auteurs qui l'ont lu ou connu, bien au-delà de sa personne. Il ne faudrait pas pour autant s'arrêter à l'image, telle que celle proposée par exemple par le Professeur Melleray, de simples « *opinions politiques* » qui coexisteraient comme un « *mystère bien gardé* » à côté de l'œuvre du positiviste ou du pragmatiste<sup>104</sup> ; une telle approche du droit positif relève en effet d'une croyance, c'est-à-dire d'un ensemble de représentations, qui n'est pas dénuée d'idéologie, bien au contraire.

La contradiction entre les propos de Chapus sur l'Europe et son discours technique par ailleurs se comprend dans un sens politique. Ce que l'on a appelé l'eupéanisation s'est heurté à cette conception du droit administratif français, dont Chapus a participé à en construire l'architecture, si ce n'est le mythe, fut-elle conçue comme une restitution fidèle de la jurisprudence. Il apparaît clairement dans les propos que l'on a étudiés que le droit européen est perçu comme un élément extérieur qui viendrait perturber un ordre intérieur perçu comme plus clair et/ou plus légitime. Le droit européen crée en outre un nouveau champ de connaissances, avec ses lieux de production des connaissances, ses penseurs et chercheurs, et suscite logiquement le rejet des gardiens de la tradition<sup>105</sup>. La présentation d'Hichem Moussa évoque d'ailleurs en des termes catastrophistes l'état de la discipline, selon une rhétorique de la crise et de la mutation que l'on retrouve souvent : face à l'échec de la doctrine du service public, d'une systématisation claire du droit administratif, de catégories et de principes clairs, au milieu d'un « *champs de cacophonie*<sup>106</sup> », Chapus aurait offert une « *image forte et rassurante du DA*<sup>107</sup> ».

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 470.

<sup>104</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 63. Le Professeur Melleray insiste bien sur la coexistence : « Le choix d'une démarche positiviste n'exclut nullement l'extériorisation d'opinions politiques, dès lors naturellement – s'il souhaite être cohérent avec la logique positiviste – que l'auteur distingue clairement ces deux facettes de ses interventions » (*Ibid.*, p. 63). Le Professeur Melleray, s'appuyant sur Julien Boudon, note un autre point d'achoppement politique à propos de la politique française en Algérie, qu'il semblait critiquer à travers son enseignement du droit constitutionnel (*Ibid.*, p. 64). Mais le Professeur Melleray semble réduire l'opinion politique à une démarcation entre la gauche et la droite (*Ibid.*, p. 63-64), ce qui n'est pas l'approche du politique choisie ici.

<sup>105</sup> Christophe Jamin et Fabrice Melleray, *Droit civil et droit administratif, op. cit.*, p. 144-148.

<sup>106</sup> Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 465.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 468.

L'idée de la crise est un lieu commun de la doctrine administrativiste : elle renvoie souvent à un ébranlement qui vient en réalité, sans que cela ne soit toujours dit, de la société politique qu'elle étudie. La menace pesant sur la discipline n'est précisée qu'à demi-mots dans le texte de Hichem Moussa. René Chapus a bien participé à la crise doctrinale de la notion de service public, dans les années 1950, afin précisément de clore le débat en s'intéressant à la compétence de la juridiction administrative plutôt qu'à la nature du service. La construction rationnelle proposée par le juriste vient orienter la production du droit : il est simplement difficile d'y déceler l'idéologie tant que l'on en reste au travail notionnel. En revanche, l'œuvre de René Chapus s'inscrit également dans la crise du service public à la française des années 1980 face à l'austérité des politiques publiques<sup>108</sup>. C'est là une deuxième crise du droit administratif que Moussa évoque en les termes d'un libéralisme à l'anglo-saxonne, contre « *l'idée d'État*<sup>109</sup> », même si les idées dont il s'agit n'ont rien de purement anglo-américaines et peuvent tout aussi bien être retracées en France ou en Allemagne<sup>110</sup>. L'« *image forte et rassurante* », sous la forme d'un système clair et cohérent, semble bien être l'idée d'un droit étatique soumis à la souveraineté nationale.

Toute vision du droit administratif, serait-ce celle d'un système clair et rationnel, est bien un projet politique et idéologique. Alors que le positivisme a été l'idéologie de la construction de l'État, accompagnant la centralisation de la production normative, on peut postuler que le « *positivisme technologique* » ou la « *manière contemporaine de faire du droit administratif* » de Chapus vient avec une certaine forme d'État à la française, typique de la Libération. Cette « *manière* » n'est donc pas seulement une restitution fidèle de la jurisprudence après les grandes constructions des Hauriou et Duguit. Elle n'est pas simplement un pragmatisme à côté duquel se tiendraient de rares opinions. Elle est également une justification technique apportée à une certaine conception de l'État née à l'après-guerre, par laquelle, d'ailleurs, le Conseil d'État s'est placé « *au cœur de l'État* » selon les mots célèbres de Jacques Chevallier<sup>111</sup>. Les désaccords de René Chapus d'avec le Conseil ne tenaient alors pas seulement à une suggestion doctrinale mais à un rejet des changements politiques reflétés par la jurisprudence. On peut postuler que le choix d'étudier celle-ci et seulement celle-ci revient,

---

<sup>108</sup> Pour une analyse de ce processus, voir Paul Pierson, « Coping with permanent austerity : Welfare state reconstructing in affluent societies », in P. Pierson (dir.), *The new politics of the Welfare state*, Oxford University press, 2001, p. 410-456.

<sup>109</sup> Hichem Moussa, *op. cit.*, p. 460.

<sup>110</sup> Serge Audier, *Néo-libéralisme(s) : une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2012.

<sup>111</sup> Jacques Chevallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 5-17.

consciemment ou non, à préférer la stabilité des cas aux changements d'orientation politique, du moins jusqu'à ce que la jurisprudence imprime une autre vision du monde.

## 2.2. L'Europe et « l'État du droit administratif<sup>112</sup> »

Une fois admis le caractère politique de son travail, peut-on donner tort à Chapus ? À la fin des années 1990 et le début des années 2000, lorsque Chapus écrit encore, le droit administratif français est déjà largement affecté par le droit européen. Comme le note Jean-Bernard Auby,

La construction européenne suscite souvent des inquiétudes par l'aptitude qu'elle aurait à éroder les identités nationales, à niveler les cultures et à imposer aux peuples et aux États européens des valeurs qui les éloignent quelquefois de traditions ancrées. Cette crainte a parfois été émise à propos des conséquences que l'Europe pourrait avoir en général sur les droits nationaux, et notamment sur les droits publics.<sup>113</sup>

L'euro-scepticisme latent d'un Chapus est alors le nom d'un conflit de valeurs. D'autres auteurs ont pu cibler les valeurs portées par le droit européen, ainsi de Jacques Caillosse<sup>114</sup>, selon qui l'émergence d'un droit public de la concurrence à la fin des années 1990 aurait marqué un glissement idéologique vers le « *nouvel économisme d'une pensée juridique qui semble ne plus même concevoir l'analyse du droit autrement qu'à partir de calculs économiques*<sup>115</sup> ». Quand bien même les catégories juridiques antérieures subsistent - le service public, le contrat public, les personnes publiques, l'intérêt général - elles sont redéfinies substantiellement par ce « *nouvel univers mental* », qui justifie et légitime l'encadrement de l'intervention des personnes publiques sur le marché concurrentiel. Le service public est conçu comme une activité exceptionnelle qui ne peut ouvrir à des compensations dérogatoires à la libre concurrence qu'aux conditions des régimes serrés des services d'intérêt général et des services d'intérêt économique général du droit européen. La partie visible en est l'ouverture à la concurrence d'activités monopolistiques et la sociétisation d'établissements publics nationaux comme

<sup>112</sup> Selon les termes de Jacques Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2017, qui retrace certaines des évolutions (et des idées de l'auteur) vues plus bas.

<sup>113</sup> Jean-Bernard Auby, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *Informations sociales*, n° 175, 2013, p. 60-68. Voir plus largement Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010. Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, 2ème édition, 2014.

<sup>114</sup> Jacques Caillosse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA*, 2016, p. 761s.

<sup>115</sup> *Ibid.*

France Telecom, La Poste, EDF, SCNF, Air France... La partie moins visible et plus diffuse est l'ensemble des règles qui encadrent la commande publique.

Dans un mouvement d'inversion, la vision française d'un intérêt général transcendant serait alors remplacée par l'utilitarisme de la performance et de l'évaluation, reconstruit autour du marché concurrentiel. La distinction privé-public devient floue, la puissance publique est réduite et banalisée, loin de l'État à la française surplombant le jeu des intérêts privés, au prix d'un « *programme d'entière reconstruction de l'action publique* » au profit des « *préoccupations marchandes*<sup>116</sup> » et du contractualisme dénoncé par Pierre Legendre<sup>117</sup>. C'est en somme l'idée même d'un droit spécial de l'État en tant que puissance publique qui était remise en cause, celui-là même dont Chapus a participé à construire la légitimité sur le mode d'une technique irréprochable, après la génération des grands théoriciens du droit administratif au tournant des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles. À l'époque, des mots de Grégoire Bigot, « *le droit administratif est la discipline imposée par le pouvoir à la puissance en sorte qu'elle reste supportable*<sup>118</sup> », pour légitimer donc l'État hérité de l'Ancien régime et des deux empires et repris par la République<sup>119</sup>. Or, cet État change de forme et de fonction à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle.

La rationalité théorique du droit administratif change également. L'analyse de Jacques Caillosse est autant celle du droit que du « *discours juridique* », dont la « *technicité neutralisante*<sup>120</sup> » peut faire oublier que le droit porte des valeurs, sous la forme d'un sentiment naturel apparu dans les années 1990. Plus que l'imposition d'un ordre extérieur à une France « colonisée » que semblent dénoncer les écrits de René Chapus, il y a eu un retournement dans

---

<sup>116</sup> Ainsi le droit public de la concurrence, à partir de la la décision *Million et Marais* rendu par le Conseil d'Etat en 1997, « *devient la pure expression juridique d'une nécessité économique, soustraite par définition même à toute forme de débat parce qu'elle est devenue la façon d'être de la réalité elle-même, parce qu'à travers elle, c'est la nature des choses qui se manifeste. Habité par la concurrence, le monde réel n'est plus constitué par les rapports sociaux, mais par des échanges entre opérateurs économiques. (...) La vieille question de la solidarité sociale qui fut d'emblée celle du service public, n'advient qu'après coup, à titre secondaire, en tant que reste des préoccupations marchandes.* », *Ibid.*

<sup>117</sup> « *Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est une composante de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul d'intérêts* », Pierre Legendre, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 142. Voir aussi Pierre Legendre, « *Remarques sur la re-féodalisation de la France* », in *Mélanges George Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201-221

<sup>118</sup> Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 47.

<sup>119</sup> Pascale Gonod, *Edouard Lafférière, un juriste au service de la République*, LGDJ, 1997.

<sup>120</sup> Jacques Caillosse, « *Le droit administratif saisi par la concurrence* », *AJDA*, 2000, p.100. En effet, « *Si la production du droit est bien l'entreprise politique évoquée ci-dessus, les juristes qui en assurent la mise en scène, par un travail spécifique d'écriture, sont voués à servir une cause politique, fût-ce à leur corps défendant (...) En donnant forme et force juridiques à ce qu'on pourrait appeler 'l'air du temps', les juristes désignent et consacrent des changements de position intervenus dans le système de distribution des rôles sociaux que règle la division du droit public et du droit privé* ».



la communauté administrativiste française elle-même, dans les années 1990, à la faveur de « *l'univers mental* » supposément incarné par l'Europe. Après la position sceptique des Semoules, le Conseil d'État s'est positionné au centre de l'interaction entre les échelles européennes et française, lui dont le travail de formalisation juridique participe d'une « *intelligence d'État* »<sup>121</sup>. Si, avec l'échelle supra-nationale, « *le modèle étatique que le Conseil a contribué à bâtir tend à s'effriter*<sup>122</sup> »,

« [l]e Conseil d'État a progressivement intériorisé le nouveau contexte dans lequel se déploie l'action de l'État, et notamment les retombées de la construction européenne : loin d'adopter un comportement frileux, il prône désormais, notamment dans son rapport 2007, une stratégie offensive vis-à-vis de l'Europe.<sup>123</sup> »

Le Conseil d'État a en effet pris les devants en accompagnant la transformation des structures administratives et en préservant une place au juge administratif dans un contentieux renouvelé - en maintenant par exemple la possibilité du contrôle de constitutionnalité en matière de contrôle des actes administratifs transposant des directives avec la décision Arcelor. En reprenant la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand sur la protection équivalente des droits fondamentaux entre l'ordre européen et l'ordre interne, le juge se sort du conflit par un recours à la transcendance des droits, à laquelle René Chapus était plutôt étranger : on connaît sa célèbre opposition à l'inclusion de la dignité humaine dans l'ordre public par le Conseil d'État<sup>124</sup>. L'auteur n'est pas connu pour ses travaux sur les droits fondamentaux. Or, cette réticence à la morale, ou disons au jusnaturalisme auquel s'opposerait un positivisme strict, on l'a vu, n'apparaissait pas quand il s'agissait de discuter la souveraineté nationale, laquelle semblait être très claire à l'auteur. Le libéralisme assez classique de René Chapus l'a sans doute empêché d'imaginer les possibilités qu'ouvrirait l'axiologisation du raisonnement du juge en termes de résolution des conflits entre ordres juridiques.

<sup>121</sup> Jacques Chevallier, *op. cit.*

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 15. Comme le note Jean-Bernard Auby, « *le développement du droit européen contribue à mettre en cause le rôle central que le Conseil d'État joue traditionnellement dans la production du droit public. Classiquement, le droit administratif français est jurisprudentiel ; il est l'œuvre du Conseil d'État. La loi elle-même est largement inspirée par le Conseil d'État, qui est consulté sur elle et dont l'avis pèse toujours très lourd. La montée du droit européen érode cette toute-puissance et oblige le Conseil d'État à composer avec des juges européens et avec des droits sur lesquels il ne peut pas peser directement.* », Auby, « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p. 68.

<sup>123</sup> Jacques Chevallier, *op. cit.*, p. 15-16. Aussi, « *S'identifiant plus que jamais à l'État, il entend garantir sa survie en remodelant ses principes d'organisation et de fonctionnement afin de l'adapter au monde contemporain* », *Ibid.* p. 17.

<sup>124</sup> Fabrice Melleray, *Le droit administratif de René Chapus, op. cit.*, p. 48-50.

On est loin des détours rhétoriques de Nicolo à fins de préférer le fondement constitutionnel à la référence aux traités européens que louait Chapus, dans une démarche formaliste. Aussi, le Conseil d'État a admis la pression que faisait peser l'intégration européenne sur l'ordre juridique interne, mais en défendant l'idée d'un « *dialogue des juges*<sup>125</sup> » dans lequel il occupe une place de choix, sans doute parce que son opposition, jusqu'alors, n'était pas tant mue par des opinions du genre de celle de Chapus que par un certain « *orgueil*<sup>126</sup> ». Celui-ci a été effacé par les atouts de la place que lui a permis d'acquérir le droit européen. Le conflit entre l'Europe et la souveraineté - et entre chaque juridiction qui doit vérifier la compatibilité des normes à son ordre juridique - a été effacé par l'image d'un échange harmonieux où les valeurs et les droits deviennent un terrain d'entente transnational<sup>127</sup>. Le pluralisme juridique, souvent conçu en France vis-à-vis de l'Europe<sup>128</sup>, remplace alors le « *positivisme technologique* » d'un Chapus avec le même double sens : celui d'une explication et d'une légitimation<sup>129</sup>. Le pluralisme peut en effet légitimer le rôle du juge pour résoudre les conflits de valeurs qui surgissent lorsque l'on confronte des normes fondamentales : c'est donc, en supposant que celles-ci existent et sont en conflit, une exigence nouvelle qui pèserait sur le juge, et qui dépasse ou fait oublier une vision plus classique du conflit entre les ordres juridiques. Dès lors, une opinion souverainiste est bien tout ce qui reste des analyses de l'administrativiste puisque son œuvre entière sert le juge administratif : sa conception de l'étude du droit, « française » ou non, reproduit et affine même les constructions jurisprudentielles et ne se permet que des critiques internes à ces constructions. Ce ne peut donc être le rôle du juge que l'auteur dénonce dans le droit européen. Sa critique vis-à-vis de l'Europe est bien externe, en ce qu'elle porte sur les présupposés politiques relatifs aux formes de l'État.

Ce que les écrits de René Chapus sur Nicolo entrapercevaient néanmoins, c'est que le Conseil d'État a pu s'aménager une place dans les rapports de système. Il l'a fait en suggérant la solution de Nicolo en ce qu'elle mobilise une source classique du juge administratif. C'est

---

<sup>125</sup> L'expression a été formulée par Bruno Genevois dans ses conclusions sous Cohn-Bendit, alors précisément qu'il appelait à suivre la CJCE et à reconnaître un effet direct des directives non-transposées.

<sup>126</sup> Benoît Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 139.

<sup>127</sup> Pierre Brunet, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 9 juin 2009 (consultable en ligne). Voir aussi Pierre Brunet, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in Jean-Bernard Auby, *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Dalloz, 2010, p.195-213.

<sup>128</sup> Voir par exemple Matthias Guyomar, conclusions sur CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575. À l'inverse, plus largement, voir François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L, 2010. Voir, récemment, Guillaume Tusseau (dir.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism. New Trajectories for Legal Theory in the Global Age*, Springer, 2020.

<sup>129</sup> Voir Xavier Magnon, « L'expression de dialogue des juges peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. 9, Sakkoulas, 2016.

alors la distinction entre intérieur et extérieur qui saute, car assurément le « *nouvel univers mental* » dont parle Jacques Caillosse n'a rien de spécifiquement européen - Bruxelles est-elle vraiment un lieu détaché des pays dont en proviennent les acteurs ? Le libéralisme économique n'a pas eu besoin de l'Union pour se propager, et l'élite administrative française elle-même ne semble pas avoir besoin qu'on lui ordonne de « libérer » l'État de ses formes anciennes, même si les institutions bruxelloises ont pu être un réceptacle favorable à sa diffusion. Il semble surtout que les années 1980 ont marqué l'émergence d'une pensée que l'on appelle néolibérale, dont l'origine n'est ni Bruxelles, ni Washington ou New-York, ni Berlin ou Francfort, mais un peu de tous ces lieux<sup>130</sup>.

### CONCLUSION

La contradiction entre l'image de René Chapus et ses propos sur l'Europe ne saurait se réduire à une condamnation d'un nationalisme émotionnel et mal assumé. On peut postuler que le « crypto-nationaliste » ne relève pas simplement d'une position dogmatique sur l'État, la nation ou la souveraineté, et ce n'est alors pas nécessairement un nationalisme politique. Bien plutôt, ce peut être l'expression d'un changement dans le champ doctrinal. L'euroscpticisme de Chapus n'est pas tant un souverainisme obtus que la réaction d'une certaine manière de concevoir le droit, située dans une construction historique du droit administratif, et donc une certaine idéologie. La subjectivité qui apparaît alors n'est que le signe visible de la confrontation de cette vision à une nouvelle. Il est certain que René Chapus ne peut tout à fait correspondre, ni sans doute personne, à une « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » si celle-ci devait être expurgée de toute politique, ni que l'on puisse pertinemment distinguer l'étude du droit d'un côté et des opinions politiques de l'autre. C'est toute une vision politique qui s'inscrit dans une conception du droit, serait-ce un conservatisme. Lorsque le Vice-président du Conseil d'État Bernard Chenot rejette les systèmes de Jean Rivero, c'est parce qu'il estime que « *les constructions classiques se vident de leur sens quand le milieu social évolue trop vite*<sup>131</sup> ». Ainsi :

« Conservateurs par vocation, la plupart des juristes regrettaient le temps où le droit, même non écrit, allait présenter de si belles cristallisations qu'il serait sans doute possible de les ordonner autour d'un thème unique, choisi de préférence pour

<sup>130</sup> L'histoire complexe des différents courants de la pensée néolibérale a été proposée par Serge Audier, *op. cit.* Voir aussi Wendy Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone books, coll. « Near future », 2017. Sur la rencontre de ces idées avec une gauche libertaire qui nourrira la Third way, voir Mitchell Dean et Daniel Zamora, *Le dernier homme et la fin de la révolution. Foucault après Mai 68*, Lux, coll. « Futur proche », 2019.

<sup>131</sup> Bernard Chenot, *op. cit.*, p. 63.

ses résonances morales : service public, solidarité, intérêt général, etc... « Parfaire l'élaboration de notre droit administratif... », noble idéal assurément ! Tout spécialiste veut faire sa science et la fixer ; ce préjugé doit être nécessaire à l'effort constructif, il reste inadmissible sur le plan d'une critique méthodologique. Parfaire le droit ! mais quel droit est parfait ? Le droit romain sans doute, parce qu'il est mort, avec les sociétés qu'il avait engendrée. La stabilité des notions juridiques est le privilège des civilisations mortes.<sup>132</sup> »

Il n'y a pas lieu de s'étonner de la prise de position personnelle d'un auteur à propos de son objet d'étude. Précisément, c'est parce qu'il participait à la rationalisation de cet objet que René Chapus est sorti de son rôle d'analyse (i.e. de constructeur de l'objet qu'il étudiait) quand cette rationalisation s'est heurtée à un nouvel ethos. Son analyse n'était pas dénuée d'opinion mais cela ne se voyait pas, de la même manière que le Conseil d'État ne semble pas faire de politique (et donc prendre parti) puisqu'il suit et reproduit la conception politique dominante au sein de l'appareil d'État<sup>133</sup>. L'opinion de Chapus apparaît quand il se détache de cette vision dominante – et l'assume dans son manuel. Si l'on en reste à l'histoire, une telle étude appelle à s'intéresser non pas à la manière dont le droit administratif a été perturbé par une intervention extérieure, puisqu'il n'est pas un objet figé et immuable, mais plutôt au style des auteurs qui en l'analysant comme une réalité lui donnent forme. Pourquoi le droit administratif comme discipline s'est-il paré d'un style lyrique et fleuri au XIX<sup>ème</sup> siècle, avant d'adopter le ton plus précis d'un Chapus à la moitié du XX<sup>ème</sup> ? On peut s'intéresser aux fonctions d'un tel style. L'Europe perturbe le travail d'un Chapus en reposant plutôt sur la légitimité que construisent aujourd'hui les défenseurs du pluralisme juridique, que l'on qualifie volontiers de post-positivisme, infusé de droits et de valeurs. Aussi, de la même manière que le grand style *mezzo voce* des premiers administrativistes accompagnait le tournant républicain de l'État, le style technique allait avec un État providence à la rationalité plus technique : si la « *manière française contemporaine de faire du droit administratif* » d'un Waline ou d'un Vedel « éludait » l'État<sup>134</sup>, la technicité de René Chapus va plus loin encore dans la même direction, augurant peut-être la spécialisation actuelle du droit administratif. Or, l'État est dans tous les travaux de la discipline et mériterait d'être pensé en tant que tel. Cela revient à se demander, comme nous l'avons fait ici, quel est non seulement le droit administratif, mais aussi l'État d'un René Chapus.

---

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 66, citant Jean Rivero, *op. cit.*

<sup>133</sup> Danièle Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p. 19-32.

<sup>134</sup> Olivier Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 207-268, spec. p. 221-233.



## CRYPTO-NATIONALISME ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ\*

Benjamin Saunier\*

### Table of content/Table des matières

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>36</b>
<b>1. LA POSSIBILITE DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....</b>	<b>38</b>
1.1. UN DROIT DES AUTRES DROITS .....	38
1.2. UN DROIT COMME LES AUTRES DROITS.....	40
1.2.1. <i>Les règles de droit international privé d'origine européenne.....</i>	<i>40</i>
1.2.2. <i>Les règles étrangères désignées par les règles françaises de droit international privé... </i>	<i>41</i>
<b>2. LES PARTICULARITES DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....</b>	<b>43</b>
2.1. LES REGLES DE CONFLIT DE LOIS, NOTAMMENT CELLES FONDÉES SUR LA NATIONALITÉ.....	43
2.2. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.....	45

---

\* Je remercie vivement Matthieu Bessouet et Ruth Sefton-Green pour avoir bien voulu relire et présenter leurs observations sur la version écrite de ma présentation.

\* Doctorant en droit international privé à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

**Abstract**

*Private international law is an interesting field when it comes to crypto-nationalist trends. Historically, the shaping of modern private international law has much to do with the construction of modern nation states and some of its main figures have dealt extensively with the part “national” law should play in conflict of laws. But it’s mainly in the making and application of private international law rules that the reaction to foreign norms can take a crypto-nationalist turn. This article first addresses the particularity of private international law with regard to crypto-nationalism. It then analyses two examples of possible crypto-nationalist trends: applying an individual’s “national” law and displacing the applicable law because of public policy reasons (“ordre public”).*

**Résumé**

*Le droit international privé est un terrain particulièrement riche pour l’analyse des tendances crypto-nationalistes. Il est historiquement lié à la construction des États-nations et certains de ses théoriciens ont cherché à rationaliser la place privilégiée que devrait tenir la loi « nationale » dans le raisonnement du juge. Mais c’est surtout sur le terrain de l’élaboration et l’application de ses règles que la réaction face aux normes étrangères peut prendre un tour crypto-nationaliste. Cet article, après une première mise en contexte du crypto-nationaliste par rapport aux particularités de la matière, s’attache à deux situations dans lesquelles le crypto-nationalisme pourrait se donner libre cours : l’application de la loi de l’État de nationalité des individus et l’exception d’ordre public international.*

## INTRODUCTION

Si le crypto-nationalisme est bien, comme le décrit Ruth Sefton-Green dans son article<sup>1</sup>, le camouflage de préférences sentimentales en arguments rationnels contre l'accueil de normes perçues comme étrangères, alors les formes qu'il peut prendre, dans une matière dont l'objet est précisément l'activité juridique étrangère, sont d'une infinie diversité.

Le droit international privé contemporain, tel qu'il a été théorisé au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, est né avec le nationalisme, et même avec l'irruption de la Nation dans la politique européenne, qui commence en 1789 et se répand ensuite sur tout le continent, avec les unités allemande et italienne notamment<sup>2</sup>. On peut dire, en quelque sorte, que le concept de nation s'est penché sur le berceau du droit international privé contemporain à la manière d'une bonne fée.

On le voit avec deux théoriciens, l'un allemand, l'autre italien, dont la pensée a été de première importance pour l'essor du droit international privé tel que nous le connaissons. Tous deux étaient de générations différentes et avaient des opinions politiques opposées, mais souhaitaient l'unification des États dont il parlait la langue, unification qui n'était pas acquise au début de leur carrière<sup>3</sup>.

Savigny, le premier, a fait carrière comme professeur, juge et ministre du roi de Prusse dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Il est nationaliste dans la mesure où il souhaite l'unification allemande. Ses opinions sont conservatrices, ce qui influence sa vision du droit, et notamment de sa formation, qui doit être lente, et autant que possible laissée au *Volksgeist*, l'« esprit du peuple ». Savigny laisse un monumental *Traité de droit romain* dont le tome VIII, publié en 1848, reste l'œuvre fondatrice de la méthode moderne, actuellement en usage, de résolution des conflits de lois. Il est difficile de dire à quel titre le nationalisme de Savigny y intervient. On peut y voir, au contraire, une absence de nationalisme et un élan vers le cosmopolitisme, ou, du moins, l'euro-péisme, dans la mesure où Savigny fait reposer son système sur une communauté de droit dont les différents peuples européens seraient les membres.

---

<sup>1</sup> « French and English crypto-nationalism and European private law. An exercise in sentiment and reason », *ERCL*, 2012, p. 260-276.

<sup>2</sup> V. P. Cabanel, *La question nationale au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, La Découverte, Repères, 2<sup>e</sup> éd., 2015, <https://www.cairn.info/la-question-nationale-au-xix-e-siecle--9782707188502.htm>.

<sup>3</sup> V. leurs portraits croisés in J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999.

<sup>4</sup> V. A. Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny, ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe. Der junge Savigny*, Berlin, Carl Heymann, 1927 ; *Professorenjahre in Berlin*, 1929 ; *Ministerzeit und letzte Lebensjahre*, 1939.



Mancini, le second, est plus visiblement nationaliste. De tempérament libéral, il est expulsé de sa ville de naissance, Naples, et se réfugie à Milan où il devient professeur de droit international. Il y prononce en 1851, trois ans après le tome VIII du *Traité de droit romain*, un discours resté célèbre dans lequel il fait passer ses idées sur le rôle de la nationalité en droit<sup>5</sup>. Lors de l'unification italienne, dont il est fervent partisan, il prend part à la rédaction du *codice civile* et écrit lui-même, semble-t-il, les dispositions liminaires relatives au conflit de lois. Il déploie ensuite un véritable activisme diplomatique pour unifier les règles de conflit de lois entre les pays européens, efforts qui porteront leur fruit plusieurs années après sa mort, avec le début de la conférence de La Haye, encore active aujourd'hui<sup>6</sup>.

Voilà donc le rôle qu'a joué le nationalisme politique première période, celui du XIX<sup>e</sup> siècle. Il ne s'agit pas d'un nationalisme d'exclusion mais plutôt de réciprocité, où à l'unification du droit interne correspond l'harmonie des solutions du conflit de lois. Le nationalisme prend une autre signification au siècle suivant, qui voit les pays européens s'affronter dans des conflits meurtriers, puis leurs colonies s'émanciper de leur férule. Le nationalisme est mis au service d'une rhétorique plus offensive.

Le nationalisme dont il est question est une posture politique explicite. Peut-on être *crypto*-nationaliste en droit international privé<sup>7</sup> ? Celui-ci se pose la question de la compétence internationale du juge français, de la loi applicable au litige, et des effets des décisions étrangères. Par transparence, on ne pourrait que tomber les masques et avouer toute prééminence de la loi nationale, dite loi du for, qui ne soit pas fondée sur des considérations techniques. C'est la voie sur laquelle s'est engagée une doctrine prestigieuse, dont l'exemple pourrait donner à penser que tout nationalisme est nécessairement revendiqué dans la matière : Niboyet, un internationaliste de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, qualifiait lui-même sa doctrine de « nationale »<sup>8</sup>. Cette doctrine n'était certainement pas *crypto*-nationaliste car elle ne s'embarrassait d'aucune dissimulation sous la technique :

<sup>5</sup> *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti : prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino*, 1851, en ligne <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95897f> (consulté le 21 septembre 2020), encore que ce discours ne parle pas tellement de droit privé. Il faut attendre 1865 et l'élaboration du code civil italien pour que les idées de Mancini prennent la forme que nous leur connaissons. V. B. Ancel, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Essais, 2017, p. 440.

<sup>6</sup> V. le site officiel : <https://www.hcch.net/fr/home>.

<sup>7</sup> V. R. Sefton-Green, « French and English *crypto*-nationalism and European private law », *op. cit.* note 1, p. 262 : « the suffix “*crypto*” suggests that something is hidden. »

<sup>8</sup> J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1944, t. III, p. 198. V. également p. 184 : « pour tout dire, une certaine xénophobie juridique sera, par moments, un antidote très opportun, et c'est pourquoi la restriction d'intervention du droit étranger se recommandera spécialement. »

« [Le droit international privé] est un droit subordonné à des considérations politiques. [...] Les intérêts en cause sont essentiellement nationaux. Non seulement ce sont des intérêts essentiellement nationaux, mais ils sont des intérêts avant tout contradictoires. [Suit un passage où l’auteur compare les intérêts des pays d’émigration à ceux des pays d’immigration.] Aucun pays ne peut se placer sur un autre terrain que celui de ses propres intérêts, à moins de vouloir se sacrifier à cette cause, ce dont on ne lui saura, d’ailleurs, aucun gré. Le premier devoir d’un État est de vivre.<sup>9</sup> »

Et de même, si on peut interpréter une déclaration fameuse du conseiller rapporteur dans l’affaire *Soulié*, à l’occasion de laquelle la Cour de cassation a confirmé son acceptation du renvoi au premier degré<sup>10</sup> (la règle de conflit de lois de la loi désignée par la règle de conflit désigne à son tour la loi française, dans une forme de retour à l’envoyeur) : « j’aime mieux la loi française que la loi étrangère »<sup>11</sup>, comme une déclaration nationaliste, elle a du moins le mérite de l’honnêteté.

La première partie de ma réflexion sera consacrée à la possibilité du crypto-nationalisme en droit international privé (I) tandis que la seconde sera consacrée aux particularités du crypto-nationalisme dans la matière (II).

## 1. LA POSSIBILITÉ DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le droit international privé peut se flatter d’être, par excellence, la matière d’accueil des normes étrangères (A), mais il rejoint par plusieurs aspects le champ d’études pris par Ruth Sefton-Green (B).

### 1.1. Un droit des autres droits

Le droit international privé est, selon la formule de Bertrand Ancel, « la branche du droit qui est chargée de gérer la rencontre des rapports d’intérêts privés avec la diversité des ordres juridiques »<sup>12</sup>. L’existence même du droit international privé suppose la reconnaissance, au sens

---

<sup>9</sup> *Cours de droit international privé français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1949, p. 346 ; pour mettre en évidence les passages les plus explicites, nous mutilons affreusement le texte original, dont rien ne remplace la lecture. Sur le nationalisme de Niboyet, v. P. Louis-Lucas, « Territorialisme et nationalisme dans l’œuvre de J.-P. Niboyet », *Travaux du Comité français de droit international privé. 1951-1954*, 12 décembre 1952, vol. 14, p. 27, DOI:10.3406/tcfdi.1955.1318.

<sup>10</sup> Req., 1<sup>er</sup> mars 1910, *D.P.* 1912.1.262, en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k426031b/f264>.

<sup>11</sup> *D.P.* 1912.1.264 : « J’aime mieux que les tribunaux français, quand cela leur est permis, jugent d’après la loi française que d’après une loi étrangère qu’ils ne connaissent pas. J’aime mieux la loi française que la loi étrangère. J’aime mieux la jurisprudence de la cour de cassation que celle de la cour de Pau [qui était entrée en dissidence sur la question du renvoi] ».

<sup>12</sup> *Éléments d’histoire du droit international privé*, *op. cit.* note 6, p. 11.

large<sup>13</sup>, de droits différents de celui dont on adopte la perspective. Elle suppose de faire une place à l'étranger, à la différence.

Voici quelques illustrations récentes de la mesure dans laquelle le droit international privé reçoit les droits étrangers. Il permet au juge français d'appliquer le droit étranger, par exemple, la loi néerlandaise au contrat d'assurance souscrit par le fabricant et l'installateur de panneaux photovoltaïques, à l'occasion d'une action directe intentée en France contre leurs assureurs<sup>14</sup> ; la loi marocaine à une action en recherche de paternité<sup>15</sup>. Il lui permet également de reconnaître la décision rendue par une juridiction new-yorkaise sur les conséquences financières et parentales d'un divorce entre un ressortissant français et une ressortissante russe et américaine<sup>16</sup> ; de même qu'il confère des effets à l'adoption prononcée au Royaume-Uni<sup>17</sup> ou en Allemagne<sup>18</sup>. Lorsque le juge du fond tient en échec la demande en divorce d'une épouse libyenne au motif que ce mariage place l'époux dans une situation de bigamie, la Cour de cassation casse son arrêt, faute d'avoir vérifié si le droit applicable ne permettait pas la polygamie<sup>19</sup>.

Chacun concevra néanmoins que le droit international privé n'est pas l'accueil inconditionnel des institutions étrangères. Tout le monde, instinctivement, songera aux limites à apporter aux effets de celles-ci dans l'ordre juridique français. De ce point de vue, il est possible de décrire le droit international privé autant comme un droit de l'accueil que comme un droit de la protection<sup>20</sup>. Les termes délibérément vagues de la description donnée ici du droit international privé, s'ils permettent de faire ressortir sa principale originalité, ne permettent nullement de répondre à la question de savoir si le crypto-nationalisme existe en droit international privé et sous quelle forme.

Si l'on s'intéresse de plus près aux règles du droit international privé, on s'aperçoit qu'il est aussi susceptible que toutes les autres branches du droit de tendances crypto-nationalistes.

---

<sup>13</sup> V. S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance*, thèse dactylographiée, Paris 2, 2017, p. 21.

<sup>14</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juillet 2021, n<sup>os</sup> 19-12.231, 19-17.453.

<sup>15</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2020, n<sup>o</sup> 19-20.948, sous la réserve expliquée ci-après au II B.

<sup>16</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2020, n<sup>o</sup> 19-13.701.

<sup>17</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2020, n<sup>o</sup> 19-15.783.

<sup>18</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 2019, n<sup>o</sup> 18-17.111.

<sup>19</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 2021, n<sup>o</sup> 20-19.420, *JCP G* 2021.2242, actu. C. Reitzer.

<sup>20</sup> Comp. L. d'Avout, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Travaux du comité français de droit international privé. 2014-2016*, 18 mars 2016, p. 220.

## 1.2. Un droit comme les autres droits<sup>21</sup>

Le droit international privé est certes un droit des autres droits (nationaux) mais également un droit comme les autres droits (dans le sens de branche du droit). L'analyse faite par Ruth Sefton-Green peut être reprise, *mutatis mutandis*, et appliquée au droit international privé.

Néanmoins, il me faut dès à présent distinguer trois hypothèses :

- Le crypto-nationalisme est à l'œuvre dans les réactions par rapport à la source (potentielle ou actuelle) des règles la matière : c'est l'hypothèse examinée par R. Sefton-Green pour le droit des contrats ;
- Le crypto-nationalisme s'exerce par rapport à la norme étrangère désignée (là encore, potentiellement ou actuellement) par la règle de droit international privé du for : c'est l'hypothèse que j'explorerai dans la deuxième partie de ma présentation ;
- Le crypto-nationalisme s'exerce par rapport à des personnes considérées comme étrangères : c'est une possibilité dont je ne traiterai pas, ne m'intéressant qu'aux règles étrangères et non aux personnes.

Il faut également lever une première ambiguïté du terme « nationalisme ». Dans le contexte du droit international privé, on pourrait qualifier de « nationaliste » la thèse, aujourd'hui hégémonique, selon laquelle le droit international privé est de source nationale et non internationale. Mais comme cette constatation ne s'accompagne pas nécessairement d'une exaltation de cette source nationale, et peut parfaitement coexister avec le souhait que les sources internationales se multiplient, il est plus correct de parler à cet égard de « particularisme », par opposition à l'universalisme, qui était la vision défendue par beaucoup de spécialistes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>22</sup>.

### 1.2.1. Les règles de droit international privé d'origine européenne

Qui douterait encore de l'existence de tendances crypto-nationalistes en droit international privé n'aurait qu'à se reporter à l'article dont je m'inspire. Certaines des réactions répertoriées au développement du droit de l'Union européenne appartiennent en propre à la doctrine française de droit international privé<sup>23</sup>. Par ailleurs, et contrairement au sujet de départ

---

<sup>21</sup> Comp. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris-la Défense, LGDJ, Manuel, 7<sup>e</sup> éd., 2020, p. 23, 34 : « Un droit pas comme les autres / Un droit comme les autres ».

<sup>22</sup> V. H. Batiffol, « Nationalisme et internationalisme en droit international privé », cours IHEI, Paris, 1964, p. 1.

<sup>23</sup> V. R. Sefton-Green, « French and English crypto-nationalism and European private law », *op. cit.* note 2, p. 270.

de Ruth Sefton-Green, c'est-à-dire l'unification du droit européen des contrats, l'unification du droit international privé entre les États membres de l'Union européenne a, elle, bien eu lieu, au moins dans certains domaines qui représentent désormais une grande partie de la matière. Sans entrer dans le détail des débats qui ont jalonné l'adoption d'instruments communautaires en droit de l'Union européenne<sup>24</sup>, certains des arguments invoqués reposent sur une nécessaire prééminence de la norme d'origine nationale par rapport à la norme de droit de l'Union européenne.

Si la présente communication se contentait de signaler la banalité du raisonnement crypto-nationaliste, elle aurait finalement peu d'intérêt. Il me semble plus intéressant d'explorer les particularités des tendances crypto-nationalistes en droit international privé.

#### 1.2.2. Les règles étrangères désignées par les règles françaises de droit international privé

On constate que, dans les affaires internationales, la fréquence d'application du droit français est plus élevée que la seule consultation des méthodes en usage le laisserait penser : en bref, là où on s'attendrait à ce que le droit étranger soit relativement souvent appliqué, son application effective reste marginale.

La question de savoir si, sous couvert d'un traitement égalitaire des différentes lois du monde, le droit international privé français ne favorisait pas indûment la loi interne française (la loi du for), a reçu une réponse négative dans une thèse publiée en 1959 et intitulée *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*. La conclusion de l'auteur était que la prédominance pratique du droit français ne résultait pas d'une préférence inavouée de la part du juge, mais du jeu normal des règles de conflit de lois (règles de compétence, règles de conflit, renvoi, ordre public, etc.). « L'application de la loi française est certes favorisée, mais sans que l'on puisse taxer les tribunaux de nationalisme. L'équilibre atteint paraît très heureux »<sup>25</sup>.

Outre ces facteurs « juridiques », de nombreuses données de fait amènent le juge français à appliquer plus souvent le droit français qu'un droit étranger dans des situations internationales. L'une de ces données, et non la moindre, est le fait que l'élément d'extranéité

<sup>24</sup> V. S. Clavel, « Le droit international privé européen est-il "honorable" ? Retour sur une controverse doctrinale », in V. Heuzé, R. Libchaber, P. de Vareilles-Sommières (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 119-132.

<sup>25</sup> J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*, Paris, LDGJ, Bibliothèque de droit privé n° 11, 1959, p. 204.

et ses conséquences pour l'affaire qu'il affecte sont souvent omis dans la décision prise par le juge<sup>26</sup>, pour diverses raisons, par exemple, parce que la partie qui aurait intérêt à l'application des règles de droit international privé n'a pas les moyens d'obtenir un conseil juridique approprié<sup>27</sup>. De ce point de vue, ce ne sont pas les juges qui sont victimes de biais particuliers<sup>28</sup> mais le droit international privé qui manque d'effectivité.

La question à laquelle Bischoff répondait en 1959 resurgit périodiquement avec la dénonciation du *Heimwärtsstreben*, véritable repoussoir pour les spécialistes du droit international privé. Ce terme difficilement traduisible – anglais : *homeward trend*, je propose « pantouflardise » – renvoie à la tendance, chez les acteurs du droit et principalement les juges, à s'épargner la recherche et l'application du droit étranger en tirant prétexte des méthodes de droit international privé elles-mêmes : « nous nommons *Heimwärtsstreben* [...] la tendance de certaines lois et certains auteurs, mais surtout de beaucoup de juges, d'arriver aussi souvent que possible à l'application de leur propre droit (la *lex fori*) »<sup>29</sup>. Il s'agit d'un concept stimulant car il permet une observation critique des notions employées en pratique dans les décisions de justice, afin d'examiner si leur apparente irréprochabilité technique ne dissimule pas un coupable accommodement avec les règles qui appelleraient l'application d'un droit étranger.

Le *Heimwärtsstreben* doit être distingué du lex-forisme, dans la mesure où celui-ci peut être aussi bien un aspect du *Heimwärtsstreben*, sa manifestation la plus directe, que le résultat d'une approche réaliste mais non-nationaliste des conflits de lois<sup>30</sup>. Le lex-forisme consiste à appliquer systématiquement la loi du juge saisi et n'appliquer de lois étrangères qu'exceptionnellement. Le paradigme actuel devant le juge français est plutôt celui de l'égalité formelle de traitement des différentes lois du monde.

---

<sup>26</sup> V. déjà C. Labrusse-Riou, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Trav. com. fr. DIP*, 1979, vol. 1, n° 1975, p. 120, DOI:10.3406/tcfdi.1979.1214.

<sup>27</sup> V. C. Bessière, S. Gollac, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, Paris, La Découverte, L'envers des faits, 2019, p. 89.

<sup>28</sup> Même si leur existence ne peut être exclue : v. C. Bessière et al., « Faut s'adapter aux cultures, Maître ! », *Ethnologie française*, Presses Universitaires de France, 2018, vol. 169, n° 1, p. 131-140.

<sup>29</sup> P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht n° 30, 2<sup>e</sup> éd., 1976, p. 67 (traduction personnelle).

<sup>30</sup> Par exemple, chez A.A. Ehrenzweig, « The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws », *Mich. L. Rev.*, mars 1960, vol. 58, n° 5, p. 637-688 ; « La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de de conflit de juridictions », *Liber amicorum, Baron Louis Fredericq*, Gent, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 401.

Le *Heimwärtsstreben* ne semble pas non plus se réduire au crypto-nationalisme, bien qu'il puisse être motivé par une forme d'hostilité à l'égard des normes étrangères. Le ressort du *Heimwärtsstreben* peut aussi être la crainte de ne pas appliquer correctement le droit étranger.

Ces précisions ayant été données, je m'interrogerai sur la présence éventuelle de raisonnements crypto-nationalistes dans les raisonnements judiciaires de droit international privé.

## 2. LES PARTICULARITÉS DU CRYPTO-NATIONALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les particularités du droit international privé s'agissant du crypto-nationalisme sont largement dues au rôle que joue la nationalité comme élément de ses règles, et à la confrontation permanente avec des situations et des normes étrangères. J'examinerai donc dans l'ordre deux traits bien particuliers du droit international privé, à l'occasion desquels le législateur, le juge, ou d'autres acteurs du droit pourraient faire preuve d'une préférence sentimentale inavouée pour les normes locales. Ce faisant, je laisse sans doute de côté beaucoup d'institutions qui auraient pu être analysées sous l'angle du crypto-nationalisme<sup>31</sup>.

### 2.1. Les règles de conflit de lois, notamment celles fondées sur la nationalité

L'utilisation de la loi nationale reflète-t-elle un certain crypto-nationalisme ? Tout d'abord, précisons que « loi nationale » signifie en droit international privé « loi de la nationalité de l'individu en cause (ou des individus en cause) ». Pour renvoyer à la loi de l'État considéré, on préfère en général l'expression « loi du for » (c'est-à-dire droit interne du juge qui a été saisi ou dont on adopte le point de vue par anticipation). Pour éviter la confusion entre l'attitude politique qu'est le nationalisme et la préférence pour le rattachement par la nationalité en droit, la seconde est nommée « personnalisme », par opposition au « territorialisme » qui marque la préférence pour des rattachements plus ancré dans l'espace, tels que le domicile.

On pourrait me dire que ces subtilités terminologiques fournissent un alibi à un tropisme crypto-nationaliste. Mais il me semble plutôt que ce sont en général les raisonnements territorialistes qui, en droit international privé, sont susceptibles de venir couronner un projet

---

<sup>31</sup> Je pense en particulier aux lois de police. Si l'on devait s'attacher à la perception commune du droit international privé, un exemple intéressant de crypto-nationalisme me semble à l'œuvre dans le traitement médiatique français des aspects civils de l'enlèvement d'enfants, mais je n'ai pas réussi à amasser suffisamment de sources en ce sens. Je n'ai pas traité de la compétence judiciaire, car s'il existe bien un nationalisme en la matière (cf. note suivante), ce n'est pas par rejet de normes étrangères, mais plutôt une discrimination entre nationaux et étrangers.

crypto-nationaliste, alors que le personnalisme, dans son principe, me paraît plus difficilement assimilable au nationalisme dans sa version protectionniste ou impérialiste<sup>32</sup>.

Comme il a été mentionné, Mancini, dont les idées ont profondément influencé le droit international privé européen de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècles, était nationaliste, et surtout, personnaliste. Du point de vue des rattachements, il militait pour que la nationalité fournisse « le fondement du droit des gens ». Mais il était également universaliste : la nationalité devait valoir comme rattachement pour tous les États. Quelle que soit la faisabilité d'un tel système, l'ambition n'est pas de protéger les nationaux ou d'imposer son propre droit à des étrangers, mais bien de délimiter harmonieusement les compétences législatives étatiques. Inversement, Niboyet, qui faisait preuve de nationalisme dans son approche du droit international privé, était territorialiste.

Par ailleurs, je m'interroge sur ce que serait une attitude nationaliste au stade du raisonnement sur le droit applicable, au-delà du rattachement à la nationalité. S'agit-il de réserver son droit à ses nationaux, de la même façon que jusqu'à une certaine époque, seuls les Romains avaient accès au *ius civile* tandis que les pérégrins devaient s'adresser au prêteur pérégrin ? Ou s'agit-il, au contraire, de forcer l'application de son droit au cercle le plus élargi, d'étendre le champ d'application de la loi du for au détriment des normes étrangères ? Les deux attitudes peuvent se prêter à des desseins nationalistes, de même qu'elles peuvent être le résultat d'une toute autre motivation.

Le législateur français, en 1975, a ainsi adopté une règle de conflit de lois unilatérale en matière de divorce dont le champ d'application est volontairement large, pour faire bénéficier plus de couples du droit français du divorce – et notamment du divorce par consentement mutuel<sup>33</sup>. Le législateur français de 2013 a été sujet au même « emballement » : la règle de conflit de l'article 202-1 alinéa 2 du code civil français, sur le mariage entre personnes de même sexe est une règle « à coloration matérielle » qui permet de valider le mariage même si la loi désignée par le rattachement classique de la nationalité l'invalide<sup>34</sup>. Le propre de telles règles est de favoriser un certain résultat matériel plutôt que de faire dépendre celui-ci du contenu

---

<sup>32</sup> Sur les différentes significations du nationalisme, v. H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Trav. com. fr. DIP*, 1989, vol. 8, n° 1986, p. 171, DOI:10.3406/tcfdi.1989.978.

<sup>33</sup> V. P. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 581.

<sup>34</sup> V. P. Hammje, « “Mariage pour tous” et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP*, 2013, vol. 2013, n° 4, p. 782.



d'une seule loi<sup>35</sup>. En toute rigueur, on pourrait y voir un exemple de crypto-nationalisme, puisque le législateur français s'est persuadé que les solutions retenues en droit français étaient nécessairement meilleures que celles retenues dans des droits étrangers. Mais le législateur français n'est-il pas, de toute façon, excusé de penser que la loi française est la meilleure<sup>36</sup> ?

*In abstracto*, l'utilisation du critère de la nationalité pour déterminer la loi applicable à certaines questions de droit ne témoigne pas d'une conception nationaliste xénophobe, mais d'une prise de position sur l'indice le plus pertinent du rattachement d'une situation à un ordre juridique donné, contestable comme toute autre prise de position sur le même problème. Il a été avancé que la nationalité était en déclin<sup>37</sup>, dans la mesure où on lui préférera, pour l'élaboration des règles de conflit de lois, d'autres facteurs de rattachement, tels que la résidence habituelle. Cela vaut en droit de l'Union européenne, mais la proposition de loi sur l'adoption, dans le texte adopté par le Sénat, continue à faire prévaloir le rattachement par la nationalité sur celui de la résidence habituelle<sup>38</sup>.

## 2.2. L'ordre public international

Lorsqu'une loi étrangère est désignée par le juge français, elle peut encore être évincée par ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public international. La définition classique de l'ordre public international a été donnée dans un arrêt *Lautour* de 1948<sup>39</sup>. Un camion chargé d'essence, dont le conducteur est un Français travaillant pour un compatriote, entre en collision avec un train en Espagne et explose. Le conducteur, français également, d'un autre véhicule est tué dans l'accident. Sa veuve assigne alors le commettant français du conducteur du premier camion en réparation des préjudices non couverts par l'indemnisation forfaitaire des accidents du travail qu'elle a obtenu de l'employeur de son mari décédé. La responsabilité pour faute étant exclue, le débat se déplace sur le terrain de la responsabilité du fait des choses, que le droit espagnol de l'époque, désigné par la règle de conflit de lois française, ne prévoirait pas. Mais cette

<sup>35</sup> V. C. Guillard, *Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction. Etude en droit international privé de la famille*, thèse, Paris 2, 2021, p. 254.

<sup>36</sup> Sur cette question, v. d'un point de vue de théorie du droit, P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, Boston, MNijhoff, 2008, vol. 327, p. 146 ; et d'un point de vue plus pratique : P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit. note 31, p. 67 : « en législation, la préférence accordée au droit du for repose sur la croyance naïve en sa supériorité par rapport aux réglementations étrangères ».

<sup>37</sup> V. É. Pataut, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, Collection Corpus, 2014.

<sup>38</sup> Proposition de loi relative à l'adoption, article 2, 15°, en ligne : <https://www.senat.fr/leg/tas21-011.html>. La loi du 17 mai 2013 a également confirmé le rattachement de la nationalité pour les conditions de fond du mariage, en insérant dans le code civil un article 202-1 qui fait référence à la « loi personnelle », donc nationale.

<sup>39</sup> Civ., 25 mai 1948 ; v. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 164.

impossibilité d'obtenir réparation en vertu du droit applicable ne peut-elle pas être surmontée par le caractère d'ordre public des règles françaises sur ce point ? Ici la Cour de cassation est très nette : « l'ordre public interne français [n'a] à intervenir qu'au regard du fait des choses utilisées en France au moment de l'accident, sous la seule réserve de principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue, principes non mis en cause dans l'espèce ». Si l'ordre public international est présenté de façon moins solennelle dans les manuels<sup>40</sup>, il est resté de cette formule le principe d'une appréciation stricte de l'ordre public international, qui se traduit par un appel à la modération dans son utilisation.

Il existe donc un ensemble de valeurs dont la méconnaissance par l'application de la loi étrangère applicable provoquerait un retour au droit du for. Pour donner un exemple récent, la Cour de cassation a estimé que « la loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant mineur du droit d'établir sa filiation »<sup>41</sup>, conformément à une position désormais établie<sup>42</sup>. Cette jurisprudence est intéressante à deux titres. Elle illustre d'abord l'évolution des valeurs du droit français dans le temps : du temps que la recherche de paternité naturelle était interdite ou limitée (à partir de 1912) en droit français, les juridictions françaises se refusaient à appliquer des lois plus libérales<sup>43</sup> ; ce sont désormais les lois étrangères plus restrictives, qui pour certaines sont décalquées de l'ancien droit français<sup>44</sup>, dont l'application est contraire aux valeurs françaises au point d'écarter leur mise en œuvre. Par la référence au « droit d'établir sa filiation », cette jurisprudence montre également la place qu'ont pris les droits fondamentaux dans les valeurs défendues par l'ordre public international.

L'ordre public international est au diapason des évolutions du droit interne et c'est la raison pour laquelle il est le principal suspect lorsqu'il s'agit de débusquer des sous-textes nationalistes dans les décisions françaises rendues en matière internationale : « c'est dans le domaine de l'ordre public que les tendances nationalistes se sont manifestées de la manière la plus aiguë – tendances nationalistes ou particularistes ou à tout le moins cherchant à faire

---

<sup>40</sup> V. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2018, p. 335.

<sup>41</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-20.948.

<sup>42</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, n° 89-21.997, *Bull. I*, n° 64 ; 10 mai 2006, n° 05-10.299, *Bull. I*, n° 226 ; 26 octobre 2011, n° 09-71.369 ; 27 septembre 2017, n° 16-19.654 ; pour une présentation, v. M. Cresp, M. Ho-Dac, *Droit de la famille. Droits français, européen, international et comparé*, Bruxelles, Bruylant, Europe(s), 2017, p. 688.

<sup>43</sup> Paris, 2 août 1866, S. 1866.2.342 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1953, *Rev. crit. DIP* 1955.133, note Motulsky et la jurisprudence citée p. 135.

<sup>44</sup> Ainsi dans l'arrêt du 27 septembre 2017 précité (loi camerounaise rendant irrecevable la recherche en paternité de l'enfant dont la mère a été « d'une conduite notoire »).

prévaloir la loi française de préférence à la loi étrangère »<sup>45</sup>. C'est ce reproche qui semble avoir en grande partie motivé la thèse que j'ai citée sur la compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois<sup>46</sup>. L'ordre public, lorsqu'il joue pour écarter la norme étrangère, peut être considéré comme un mécanisme « perturbateur » qui désavoue la répartition opérée par la règle de conflit de lois, inspiré par un refus des normes étrangères.

Il me paraît difficile de passer de cette position abstraite, qui justifie les injonctions doctrinales à la prudence, à une analyse concrète qui prétendrait, pour une affaire donnée, isoler un cas de décision crypto-nationaliste. De ce point de vue, j'aurais plutôt tendance à faire confiance aux juges et à estimer que, si l'exception d'ordre public international est dans le débat, les parties auront l'occasion de s'expliquer et de présenter au juge les arguments de fond qui lui permettront de dépasser l'éventuel préjugé favorable qu'il nourrit pour « sa » loi.

L'exemple pris ici montre d'ailleurs le relatif embarras qui peut saisir le juge au moment d'écarter la loi étrangère applicable pour revenir au droit français. Dans un premier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation estimait que l'éviction de la loi étrangère interdisant ou restreignant les recherches en paternité « naturelle » ne jouait qu'à condition que l'enfant soit « français ou résidant habituellement en France ». Il s'agissait d'un ordre public dit de proximité, justifié tant pour des raisons d'effectivité des décisions (si l'enfant n'est ni français, ni ne réside en France, la décision risque de ne pas l'aider matériellement, car elle sera sans doute privée de reconnaissance là où il réside) que de rattachement (l'éviction d'une loi étrangère applicable ne peut avoir lieu que si la loi vers laquelle on s'en revient présente de sérieux titres à l'application)<sup>47</sup>. Le problème avec un tel raisonnement est que, bien qu'il éloigne le risque de crypto-nationalisme sur le plan normatif, il peut vite tomber dans une autre forme de nationalisme, en créant une distinction entre les enfants français ou résidant en France et les autres. Il faut que le critère de distinction choisi soit suffisamment solide pour résister à une telle critique.

Après avoir essayé de cerner les particularités du crypto-nationalisme en droit international privé, il me semble que c'est précisément l'utilisation de la nationalité comme

---

<sup>45</sup> H. Batiffol, *Nationalisme et internationalisme en droit international privé*, op. cit. note 23, p. 140 ; v. également L. Chedly, « L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme ? », in Institut suisse de droit comparé (dir.), *Rapports présentés au Colloque à l'Occasion du 20e Anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Genève Zurich Bâle, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, 2004, p. 149-167.

<sup>46</sup> J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement du conflit de lois*, op. cit. note 27.

<sup>47</sup> V. L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2009, vol. 18, n° 2006, p. 216, DOI:10.3406/tcfdi.2009.1977.

facteur de rattachement et la prise en compte explicite d'intérêts et de valeurs « nationaux » (si par nationaux il faut entendre étatiques) qui permettent d'exorciser les dérives cryptonationalistes. C'est en explicitant et en rationalisant le contact avec les normes étrangères que le juge ou le législateur peut concilier leur prise en considération avec la défense internationale de certaines politiques. Le droit international privé n'est donc pas immunisé contre le nationalisme normatif, mais celui-ci n'y sévit pas plus qu'ailleurs.



**PROLONGATION ET NORMALISATION DE L'ÉTAT D'URGENCE : LA COUR EUROPÉENNE  
DEVRAIT-ELLE EN FAIRE PLUS ?**

Louise Maillet\*, Agathe Dighiero -- Brecht\*\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>52</b>
<b>1. UNE NORMALISATION CROISSANTE DE L'EXCEPTION HORS CONVENTION : UN JUGE EUROPÉEN TROP LAXISTE ? .....</b>	<b>54</b>
<b>2. L'ACTIVATION DU REGIME D'EXCEPTION : L'OPPORTUNITE D'UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION AUX ÉTATS QUANT À L'EXISTENCE D'UN DANGER PUBLIC .....</b>	<b>57</b>
<b>3. UN EXAMEN PARTICULIÈREMENT SOUPLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES ADOPTÉES : UN ÉCHEC DE LA COUR EUROPÉENNE À EFFECTUER UN CONTRÔLE DE STRICTE NÉCESSITÉ ?.....</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>68</b>

---

\* Doctorante en droit international et européen à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

\*\* Élève-avocate à l'École de Formation des Barreaux (EFB) et diplômée du Master 2 Droit international et organisations internationales de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

### **Abstract**

*Between terrorism and sanitary crisis, the French Council of State (“Conseil d’État”) estimates that over the last six years, French citizens have spent more than half of their time under a state of emergency. Given this apparent normalization of emergency regimes, it seems particularly important to examine the control exercised over their implementation, to ensure that freedom always remains the rule and restriction the exception. This article proposes a reflection on a supranational scale, by looking at the jurisprudence of the European Court of Human Rights relating to Article 15 of the European Convention on Human Rights. Reviewing the standards, the seminal judgments and the recent jurisprudence of the Court on exceptional circumstances, this article aims to examine the attitude of the European judge and to identify his role in the assessment of the derogatory measures introduced by the member States. Specifically, it is the intensity of this control that will be questioned, in order to highlight some of the gaps and insufficiencies of the European control with regard to the Court's role as guardian of rights and freedoms in a context marked by the rise of populism and illiberalism.*

### **Résumé**

*Entre terrorisme et crise sanitaire, le Conseil d’État estime que sur ces six dernières années, les Français en auront passé plus de la moitié sous l’état d’urgence. Au regard de cette apparente normalisation des régimes d’exception, il semble particulièrement important de se pencher sur le contrôle exercé sur la mise en œuvre de ceux-ci, afin que la liberté demeure toujours la règle et la restriction l’exception. Cet article propose une réflexion à une échelle supranationale, en se penchant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme. Revenant sur les normes, les arrêts fondateurs et les jurisprudences récentes de la Cour en matière de circonstances exceptionnelles, cet article vise à examiner l’attitude du juge européen et à identifier son rôle dans l’appréciation des mesures dérogatoires instaurées par les États membres. Précisément, c’est l’intensité de ce contrôle qui sera questionnée, afin de mettre en lumière certaines des lacunes et insuffisances du contrôle européen au regard du rôle de gardienne des droits et libertés de la Cour dans un contexte marqué par la montée du populisme et de l’illibéralisme.*

## INTRODUCTION

« *C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.* »<sup>1</sup>

Montesquieu

Jonglant entre les menaces terroriste et sanitaire, le Parlement français n'a eu de cesse, ces cinq dernières années, d'autoriser presque sans discontinuer « la prorogation de l'état d'urgence ». Le régime dit d'exception tend alors progressivement à s'imposer comme la norme, et la frontière qui le sépare du droit ordinaire, qui lui est pourtant antinomique, devient toujours plus incertaine. Pourtant, cette confusion entourant la restriction des droits et libertés de chacun est préoccupant en ce que « prolonger l'état d'urgence, c'est donner droit de cité à l'arbitraire<sup>2</sup> » selon Camille Blanc, présidente d'Amnesty International France.

L'état d'urgence est régi par l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (ci-après : la Convention), qui prévoit la possibilité pour les États de déroger à certaines de leurs obligations conventionnelles. Cet article se lit comme suit :

### « *Dérogation en cas d'état d'urgence* »

« 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. »

Cet état d'urgence entraîne indubitablement de la part de l'État qui y recourt la mobilisation de pouvoirs exceptionnels qui peuvent interférer avec les droits fondamentaux, voire amener les individus à être privés de ces droits. Dans le contexte actuel de la pandémie

---

<sup>1</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, p. 190.

<sup>2</sup> C. Blanc, « Prolonger l'état d'urgence, c'est donner droit de cité à l'arbitraire », *Le Monde*, 22 juillet 2016, disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/07/22/prolonger-l-etat-d-urgence-c-est-donner-droit-de-cite-a-l-arbitraire\\_4973414\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/07/22/prolonger-l-etat-d-urgence-c-est-donner-droit-de-cite-a-l-arbitraire_4973414_3232.html) (consulté le 9 mars 2021).



de Covid-19, d'aucuns peuvent se montrer sceptiques quant à la gestion de la crise par leur État et reprocher à ce dernier d'interférer dans leurs droits. En particulier, en France où un requérant a introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>3</sup> (ci-après : la Cour), invoquant une carence de l'État dans la gestion de la crise, au mépris des articles 2, 3, 8 et 10 de la Convention. Le requérant n'ayant pas été considéré comme victime directe et n'ayant pas démontré en quoi cette carence avait pu affecter sa santé et sa vie privée, la Cour a toutefois déclaré irrecevable sa requête le 3 décembre 2020. Si cette requête ne concerne certes pas directement notre sujet (en ce qu'elle ne met pas en cause la question de l'état d'urgence), elle est pourtant parlante en ce qu'elle pointe la question du respect par un État de ses obligations positives en cas de situation de crise justifiant la mise en place d'un régime d'exception. Cette affaire met également en lumière l'attitude de la Cour face aux situations dans lesquelles elle aurait à se positionner sur les mesures adoptées par les États en période de crise. Une telle gêne s'est également fait ressentir à la suite du coup d'État en Turquie. En effet, la Cour avait déclaré irrecevable quatre affaires pour non-épuisement des voies de recours interne avant de se prononcer sur la conventionnalité des mesures dérogatoires adoptées par le gouvernement turc<sup>4</sup>, alors même que le climat post-coup d'État laissait à penser que de tels recours avaient peu de chance d'aboutir, et que la justice pouvait ne pas être impartiale<sup>5</sup>.

Partant de cette prudence de la part des juges de Strasbourg et en nous concentrant précisément sur l'état d'urgence et sur l'article 15 de la Convention, nous nous intéresserons à l'action étatique en situation de crise, mais aussi au contrôle de la Cour européenne sur l'application du régime d'état d'urgence mis en place par les États placés sous sa juridiction. Dès lors, il s'agira de tenter de déterminer si le contrôle de la Cour est bien rigoureux et suffisant. Ainsi, le contrôle qu'elle met en place constitue-t-il vraiment – et donc suffisamment – un rempart contre l'arbitraire et la normalisation de l'état d'exception ? Autrement dit, et pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty, la Cour « raisonne-t-elle la raison d'État<sup>6</sup> » ?

Dans cette perspective, il apparaît non seulement que la normalisation croissante de l'état d'urgence a été établie hors du cadre normatif prévu par la Convention (1). Mais qui plus est, le contrôle juridictionnel effectué par la Cour, en demandant une périlleuse balance entre

---

<sup>3</sup> CEDH, *Le Mailloux c. France*, 3 décembre 2020, n° 1810820.

<sup>4</sup> CEDH, *Mercan c. Turquie*, 8 novembre 2016, n° 56511/16 ; *Zihni c. Turquie*, 29 novembre 2016, n°, 59061/16 ; *Çatal c. Turquie*, 7 mars 2017, n° 2873/17 ; *Köksal c. Turquie*, 6 juin 2016, n° 70478/16.

<sup>5</sup> T. Mariniello, « Prolonged emergency and derogation of human rights: Why the European Court should raise its immunity system », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 56-58.

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », 2011/5, *Revue Projet*, n. 324-325, pp. 18-19.

la protection des droits fondamentaux et le respect de la souveraineté des États, se transforme en simple consécration de l'action des exécutifs nationaux. Il en va ainsi tant pour la détermination de l'existence des circonstances permettant d'activer le mécanisme de dérogation prévu à l'article 15 (2) que pour le contrôle substantiel de la proportionnalité des mesures découlant de la mise en place du régime d'exception (3).

## 1. UNE NORMALISATION CROISSANTE DE L'EXCEPTION HORS CONVENTION : UN JUGE EUROPÉEN TROP LAXISTE ?

À titre préliminaire, citons précisément la disposition qui intéresse cette première partie du propos. En ce sens, l'article 15§3 de la Convention prévoit que « toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application ». Pour contrôler le respect de ces conditions procédurales, la Cour dispose d'une compétence d'office<sup>7</sup> et il est admis que tout défaut de notification ou retrait de notification empêche l'État de se prévaloir de la dérogation (prévue par l'article) devant la Cour<sup>8</sup>. La décision de recourir à l'article 15 ne peut se faire implicitement<sup>9</sup> et en ce sens, en l'absence de toute notification officielle, un État ne pourra se prévaloir de l'application de l'article 15 aux mesures adoptées par un État défendeur<sup>10</sup>. Concernant la notification, celle-ci doit contenir suffisamment d'informations quant aux dérogations adoptées mais il n'est pas nécessaire que soient précisément visés les droits faisant l'objet d'une dérogation<sup>11</sup>. En cela, le contrôle opéré par la Cour est ici relativement souple. Dans une affaire portée devant elle en 2018, la Cour observant qu'aucune des parties à l'instance n'ayant remis en cause le respect des conditions formelles concernant la notification de dérogation de la Turquie, se dit alors prête à accepter que cette condition ait été respectée<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> V. CEDH, *Lawless c. Irlande*, 1 juillet 1961, n° 332/57, §22 ; CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, §223.

<sup>8</sup> CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, n° 11209/84 ; 11234/84 ; 11266/84 ; 11386/85, §48.

<sup>9</sup> CEDH, *Hassan c. Royaume-Uni*, 16 septembre 2004, n° 29750/09, §98.

<sup>10</sup> Commission EDH, *Chypre c. Turquie*, Rapport de la Commission, 1983, §§66-68.

<sup>11</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, 2000, n° 21987/93, §§86-89.

<sup>12</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, 20 mars 2018, n° 16538/17, §73. En ce sens, V. également : CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, 16 avril 2019, n° 12778/17, §§73-74 ; *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, 20 mars 2018, n° 13237/17, §89.

Cela ne vaut toutefois, que dans la mesure où les États ont fait le choix de recourir à l'activation de l'article 15 — qui n'est pas une obligation mais bien une simple possibilité permettant aux États de mettre en œuvre des mesures de dérogation à certains droits dans certains cas. La Cour ne contrôle alors pas l'absence de recours à l'article 15 dès lors qu'il est estimé qu'il « incombe à chaque État d'évaluer si les mesures qu'il adopte nécessitent une telle dérogation, en fonction de la nature et de la portée des restrictions appliquées aux droits et libertés protégées par la Convention<sup>13</sup> ». L'opportunité de déclencher cet article n'est ainsi pas contrôlé par la Cour, alors même qu'en égard aux dangers que cette pratique représente, un réel débat sur cette possibilité se pose (en France par exemple<sup>14</sup>). En effet, « la mise en œuvre de législations d'urgence en l'absence de dérogation a également entraîné une érosion significative de la protection des droits de l'homme<sup>15</sup> ». Pourtant, même si la dérogation de l'article 15 ne s'applique pas, la Cour ne se prive pas de tenir compte du contexte particulier de l'affaire qui lui est soumise, dans l'optique de déterminer s'il y a ou non eu violation des dispositions de la Convention. C'est par exemple ce qu'a fait la Cour dans un arrêt de 1988<sup>16</sup>, arrêt par la suite commenté en les termes suivants : « la Cour a jugé cette affaire de manière trop similaire à une situation d'urgence, en cherchant à justifier des actions gouvernementales qui, dans les faits, dérogeaient aux droits protégés<sup>17</sup> ». C'est ainsi qu'en prenant le parti d'élargir les dérogations possibles aux droits prévus par la Convention en dehors d'un état d'exception, la Cour participe à la normalisation des mesures d'exception. Les États n'ont alors plus à notifier une dérogation pour que les mesures d'exception qu'ils adoptent soient compatibles avec la Convention, ce qui a pour effet de vider par la même cette dernière de sa substance.

Concernant ce dernier point, prenons à titre d'illustration un point brûlant d'actualité : l'épidémie de Covid-19. À ce jour, seulement 10 États<sup>18</sup> ont activé l'article 15 lorsque des

---

<sup>13</sup> Conseil de l'Europe, *Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19. Une boîte à outils pour les États membres*, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020, p. 2 ; V. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207.

<sup>14</sup> V. F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 20 avril 2020 ; O. Baillet, « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : la Convention européenne continue de s'appliquer », *Dalloz Actualités*, 17 avril 2020 ; G. Gonzalez, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du COVID19 ou l'ombre d'un doute », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n. 43, 2020 ; Costa J.-P., « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le club des juristes*, 27 avril 2020.

<sup>15</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *Human Rights Law Review*, 2020, vol. 20, p. 770 [notre traduction].

<sup>16</sup> CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §48.

<sup>17</sup> M. M. El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *San Diego International Law Journal*, 2003, vol. 4, p. 312 [notre traduction].

<sup>18</sup> Il s'agit de l'Albanie, Arménie, Estonie, Géorgie, Lettonie, Macédoine du Nord, Moldova, Roumanie, Saint-Marin et Serbie.

membres fondateurs comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie ou même les Pays-Bas ne l'ont pas activé alors qu'ils ont adopté des mesures et législations comparables aux fins de lutter contre l'épidémie. Encore plus, « lorsque l'on compare les États ayant adopté des mesures dérogatoires et ceux ne l'ayant pas fait dans le cadre de la Covid-19, certains de ces premiers ont imposé des mesures moins restrictives à la liberté d'aller et venir que les derniers<sup>19</sup> ». Alors, légitimement nous pouvons nous poser la question du contrôle des mesures similaires adoptées *de facto* par des États n'ayant pas activé l'article 15. En France, il s'agit du contrôle de l'état d'urgence sanitaire, créé par une loi du 23 mars 2020<sup>20</sup>, pour lequel l'article 15 n'a pas été activé. Ce régime d'exception est alors sans précédent pour la France. En effet, il se veut applicable « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », et introduit un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique. Si la France n'a pas activé l'article 15, alors comment peut-on vérifier que ces dispositions, par nature dérogatoires, sont compatibles avec la Convention ? Pour certains, dont Frédéric Sudre, « la France déroge *de facto* à la Convention EDH<sup>21</sup> ». Toujours selon lui, « en s'abstenant d'informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'elle exerce son droit de dérogation de l'article 15, la France méconnaît ses obligations conventionnelles<sup>22</sup> ». Ainsi, par exemple, l'article 16 de l'Ordonnance n°2020-303 en date du 25 mars 2020 qui vient prolonger de plein droit, sans juge, la détention provisoire de 2, 3 ou 6 mois ne serait pas, hors dérogation, compatible avec l'article 5 de la Convention. On convient alors aisément que l'absence de contrôle du juge européen sur ces régimes dérogatoires pris *hors dérogation conventionnelle* pose un grave problème. Alors face à ces pratiques para-conventionnelles, que peut-on envisager ?

Premièrement, il est central de mettre fin à cette « normalisation » de l'exception et de réaffirmer nettement la frontière entre ce qui relève de la normalité et ce qui relève de la dérogation conventionnellement prévue. En ce sens, « les dérogations adoptées en cas d'état d'urgence devraient se différencier clairement et nettement des restrictions autorisées de façon ordinaire par les dispositions conventionnelles<sup>23</sup> ». Pour que cela soit effectif, il est nécessaire que les États activent systématiquement l'article 15 de la Convention lors de périodes

---

<sup>19</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 779 [notre traduction].

<sup>20</sup> Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>21</sup> F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> V. Conseil des droits de l'homme, *Observation générale n° 29. États d'urgence (art. 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, §4.

exceptionnelles. En effet, ce cadre, en posant précisément le régime d'exception, se pose comme un garant de cette frontière et une limite des abus qu'on ne peut bien contrôler sans l'activation de l'article 15. Il faudrait que sur ce point, les juges européens n'hésitent pas à rappeler aux États leurs obligations : il en va de l'intérêt de la sécurité juridique qu'ils se conforment rigoureusement à leurs obligations conventionnelles. Faisant preuve d'un certain laxisme, le juge européen se fait témoin de dérives (l'exemple français que nous venons de citer) sans toutefois prendre de mesures concrètes pour y remédier. Enfin, peut-être faudrait-il songer à une réforme de l'article 15<sup>24</sup>, pour rendre cet article plus « attractif » et permettre au plus grand nombre d'États réfractaires d'y recourir de manière effective.

En tout état de cause et concernant ce premier point, il nous semble que la Cour européenne n'est pas assez rigoureuse dans son contrôle et qu'elle pourrait aisément le renforcer. Quittant désormais les cas où l'article 15 n'est pas activé, nous glissons désormais vers la seconde partie du dispositif : le contrôle de l'existence du danger public, que la Cour contrôle aussi assez mal.

## **2. L'ACTIVATION DU RÉGIME D'EXCEPTION : L'OPPORTUNITÉ D'UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION AUX ÉTATS QUANT À L'EXISTENCE D'UN DANGER PUBLIC**

L'article 15§1 de la Convention dispose que peuvent être prises des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention « en cas de guerre ou en cas tout autre danger public menaçant la vie de la nation ». Si la notion de guerre ne pose pas de difficulté, la Cour a été, à l'occasion de l'arrêt *Lawless c. Irlande*, invitée à expliciter cette seconde notion qu'elle définit comme « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État<sup>25</sup> ». Dans ce contexte spécifique, est alors justifié un régime d'exception qui, venant en réponse à cette menace, permettrait à l'État de déroger à certaines de ses obligations conventionnelles. La Commission de Venise, quant à elle, résume comme suit le critère du danger public menaçant la vie de la nation :

- « 1) le danger doit être réel ou imminent ;
- 2) ses effets doivent toucher l'ensemble de la nation ;
- 3) la vie organisée de la communauté doit être menacée ;

---

<sup>24</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*

<sup>25</sup> CEDH, *Lawless c. Irlande*, *op. cit.*, §28.

4) la crise ou le danger doivent être exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales qu'autorise la Convention aux fins de la protection de la sûreté, de la santé et de l'ordre publics doivent être tout à fait insuffisantes<sup>26</sup> ».

Dans l'appréciation de l'existence de ce danger public, les États bénéficient d'une « large marge d'appréciation »<sup>27</sup>. La Cour suit en effet une tendance générale où elle estime qu'il « incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de 'la vie de (sa) nation', de déterminer si un 'danger public' la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer<sup>28</sup> ». Cette marge d'appréciation résulte notamment du fait que les considérations relatives à l'état d'urgence relèvent par nature du cœur de la souveraineté nationale<sup>29</sup>. Il convient de préciser que ce critère de la marge d'appréciation s'est, depuis la jurisprudence *Lawless c. Irlande*, progressivement étendu jusqu'à venir rogner sur la capacité de la Cour de contrôler les mesures d'exception adoptées par un gouvernement<sup>30</sup>. En ce sens, bien que « les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine<sup>31</sup> », la marge nationale d'appréciation s'accompagnant d'un contrôle européen, les États n'ont qu'à « prouver que le danger public a entravé le fonctionnement normal de la collectivité et la marche de la justice<sup>32</sup> ». Face à ces manœuvres, la Cour se range facilement du côté des arguments des autorités nationales. Par exemple, dans les divers arrêts relatifs à la Turquie (et au coup d'État), la Cour se rapporte toujours à la motivation de la Cour constitutionnelle turque. La Cour européenne estime par exemple qu'« à la lumière des considérations de la Cour constitutionnelle, ainsi que de l'ensemble des éléments dont elle dispose », mais elle « estime également que la tentative de coup d'État militaire a révélé l'existence d'un 'danger public

---

<sup>26</sup> Commission de Venise, *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, Avis n° 359 / 2005, CDL-AD(2006)015, 4 avril 2006, §10 ; v. Conseil de l'Europe, *The Greek Case: Report of the Sub-Commission*, vol. I, part. I., 1969, p. 70, §113.

<sup>27</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207 ; V. aussi : CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, n° 3455/05, §73 ; CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> J. Müller, « European human rights protection in times of terrorism – the state of emergency and the emergency clause of the European Convention on Human Rights (ECHR) », *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2018, vol. 28, n. 4, p. 585.

<sup>30</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Right », *Human Rights Quarterly*, 2001, vol. 23, p. 632.

<sup>31</sup> V. CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §207 ; CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §75 ; CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §43.

<sup>32</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §119.

menaçant la vie de la nation 'au sens de la Convention<sup>33</sup> ». Encore plus notable, elle reconnaît que « chaque gouvernement, garant de la sécurité de la population dont il a la charge, demeure libre d'apprécier par lui-même les faits à la lumière des informations qu'il détient<sup>34</sup> » et qu'en ce sens, « il convient d'accorder un grand poids à celle des juridictions internes, qui sont mieux placées pour évaluer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un danger<sup>35</sup> ».

Cette large marge d'appréciation laissée aux États est d'ailleurs critiquée au sein même de la Cour. Dans une opinion du juge Martens en 1993, celui-ci observe que les « conditions d'aujourd'hui » visées par la Cour n'étaient plus les mêmes qu'en 1993 (*raisonnement qui tend toujours à s'appliquer, les conditions de 2021 n'étant plus nécessairement celles de 1993*) et que l'opinion de la Cour de 1978 « quant à la marge d'appréciation dans le domaine de l'article 15 reflétait sans doute l'idée que l'on pouvait voir, dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe à l'époque, des sociétés depuis longtemps démocratiques (...) et, en tant que telles, pleinement conscientes du droit de l'individu à la liberté et des dangers inhérents à l'octroi d'un trop large pouvoir de détention à l'exécutif<sup>36</sup> ». Allant plus loin encore, l'intéressé estime que concernant la question de savoir s'il existe un motif objectif de déroger, « rien ne justifie pourtant de leur ménager (les États) une ample marge d'appréciation car il incombe à la Cour protectrice 'en dernier ressort' des droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, d'examiner de près toute dérogation d'un État contractant à ses obligations<sup>37</sup> ». D'autres auteurs soulèvent également les problèmes qu'engendre la large marge d'appréciation laissée aux États. En effet, ce sont dans les cas d'application de l'article 15, que la Cour accorde la marge d'appréciation la plus large, mais c'est précisément dans ce contexte que les droits de l'Homme ont le plus de risques d'être violés par les États<sup>38</sup>. Le contrôle devrait donc être plus élevé, et non pas l'inverse comme c'est le cas. En effet, plus l'état d'urgence s'allonge et se prolonge et plus le contrôle devrait être strict. La Cour devrait donc adopter une approche critique et quitter l'approche de déférence qu'elle a à l'égard des États<sup>39</sup>.

La qualification de « danger menaçant la vie de la nation » n'a été refusée que deux fois : la première, concernant la Grèce, a été rejetée par la Commission lorsque la junte militaire

---

<sup>33</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §93.

<sup>34</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §180.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, Opinion concordante de M. le juge Martens, §3.

<sup>37</sup> *Ibid.* §4.

<sup>38</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 643.

avait voulu bénéficier de la dérogation prévue à l'article 15. En l'espèce, il n'était pas prouvé qu'une menace à la vie de la nation existait<sup>40</sup>, en raison notamment des pratiques antidémocratiques de la junte des colonels<sup>41</sup>. Il n'en demeure pas moins que le seuil de contrôle est extrêmement bas<sup>42</sup>. Récemment, la Cour a estimé dans un arrêt *Dareskizb Ltd c. Arménie* que cette dernière n'avait pas prouvé que les manifestations post-électorales ayant eu lieu en 2008 constituaient un « danger public menaçant la vie de la nation »<sup>43</sup>, remettant alors en cause le jugement du gouvernement arménien, mais également du Parlement. Dans cette affaire, la Cour s'est notamment appuyée sur le caractère pacifique des manifestations, mais a également fait valoir, pour remettre en question l'appréciation du gouvernement et du Parlement arméniens, que les mesures ayant été adoptées n'avaient jamais fait l'objet d'un contrôle par le juge national<sup>44</sup>. La Cour semble ainsi avoir accordé un poids considérable au contrôle juridictionnel interne en tant que garantie contre l'arbitraire, et l'on se demande si cette décision aurait été semblable dans le cas où le juge national aurait validé l'adoption de mesures exceptionnelles.

En tout état de cause, le contrôle de la Cour, depuis *Lawless c. Irlande*, se concentre principalement sur le deuxième critère : la proportionnalité de la réponse à la menace encourue<sup>45</sup>, qu'elle semble par ailleurs échouer à faire rigoureusement respecter.

### **3. UN EXAMEN PARTICULIÈREMENT SOUPLE DE LA PROPORTIONNALITÉ DES MESURES ADOPTÉES : UN ÉCHEC DE LA COUR EUROPÉENNE À EFFECTUER UN CONTRÔLE DE STRICTE NÉCESSITÉ ?**

L'état d'urgence entraîne de la part de l'État qui y requiert, afin de faire face à une menace mettant en péril la survie de la nation, la mobilisation croissante de mesures et de pouvoirs d'exception, dont la portée a davantage de risque d'interférer avec la protection effective de certains droits fondamentaux<sup>46</sup>. Par conséquent, dans ce contexte, il existe un danger d'abus de la part des autorités étatiques. Ainsi, outre la vérification de l'existence du

---

<sup>40</sup> Conseil de l'Europe, *The Greek Case: Report of the Sub-Commission*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>41</sup> R. St. J. Macdonald, « Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1996, vol. 36, p. 386.

<sup>42</sup> A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *German Law Journal*, 2011, vol. 12, n.10, pp. 1766, 1778.

<sup>43</sup> CEDH, *Dareskizb Ltd c. Arménie*, n° 61737/08, 21 septembre 2021, §62.

<sup>44</sup> *Ibid.*, §61.

<sup>45</sup> A. Greene, « Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 1778.

<sup>46</sup> M. M. El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *op. cit.*, p. 280.



danger, il est nécessaire qu'existe un lien étroit entre les mesures concrètes adoptées par un État et la menace à laquelle elles entendent répondre.

L'article 15§1 de la Convention dispose explicitement que les mesures adoptées par les Parties doivent l'être « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». À ce titre, dans l'affaire *Sahin Alpay*, la Cour a affirmé que les mesures adoptées par un État pour lutter contre un danger public menaçant la vie de la nation doivent être « strictement proportionnées aux exigences de la situation<sup>47</sup> ». Cela suggère donc que la Cour, dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle, applique un critère de stricte nécessité lorsqu'elle est amenée à se pencher sur des dérogations adoptées au titre de l'article 15. Pourtant, malgré ces termes, la Cour octroie aux États membres une grande discrétion quant à la proportionnalité des mesures d'exceptions en elles-mêmes<sup>48</sup>. On voit ainsi que non seulement il est accordé aux États une « large marge d'appréciation » concernant l'existence du danger, mais il en va de même sur la proportionnalité des mesures adoptées pour y faire face.

Certes, les droits listés par l'article 15§2 (droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, interdiction de l'esclavage et principe de légalité des peines), ainsi que l'abolition de la peine de mort et le principe *non bis in idem*, ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation. Mais outre cela, comme les autorités nationales seraient les « mieux placées » pour décider de « la nature et l'étendue des dérogations nécessaires », il serait donc nécessaire de leur conférer une « ample marge d'appréciation<sup>49</sup> ». Il est alors difficile de concilier la large marge d'appréciation avec l'exigence du contrôle de la stricte nécessité, tant ils sont contradictoires, sans sacrifier l'un pour l'autre. Le choix de la Cour est fait. Pour se justifier, la Cour estime que par cette large marge de manœuvre accordée aux États, elle ne substitue pas « son opinion à celle du Gouvernement, directement responsable de l'établissement d'un équilibre entre l'adoption de mesures efficaces de lutte contre le terrorisme d'une part, et le respect des droits individuels de l'autre<sup>50</sup> ». Elle place alors l'exécutif national comme l'instance la plus à même de s'auto-limiter et de protéger les droits fondamentaux.

Certes, la Cour exerce un contrôle européen face à cette large marge d'appréciation<sup>51</sup>. Dans le cadre de cette vérification, elle va tenir compte « des facteurs pertinents tels que la

---

<sup>47</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §74.

<sup>48</sup> P. Kempees, "Hard Power" and the European Convention on Human Rights, Brill/Nijhoff, 2020, p. 138.

<sup>49</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68 ; *Alparslan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §116 ; *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §91.

<sup>50</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §59.

<sup>51</sup> V. CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §173 ; *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §68.

nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé<sup>52</sup>». Ainsi, la Cour contrôle que les mesures adoptées « constitue[nt] une véritable réponse à l'état d'urgence », se « justifie[nt] pleinement au regard des circonstances de cette situation » et comprennent des « garanties contre les abus<sup>53</sup> ». Sur ce point, la Cour se concentre particulièrement sur la présence de garanties contre l'arbitraire. Par exemple, la Cour a reconnu une détention administrative exceptionnelle comme nécessaire en raison de la présence de garanties sous la forme d'un « contrôle permanent du Parlement » et d'une « commission de détention<sup>54</sup> ». Dans l'affaire *Brannigan et McBride*, elle « s'était dite convaincue que des garanties effectives assuraient bel et bien, en Irlande du Nord, une protection appréciable contre les comportements arbitraires et les détentions au secret<sup>55</sup> ». *A contrario*, elle avait considéré qu'une détention de quatorze jours sans contrôle de la part d'un juge était disproportionnée, notamment car « [c]ette période exceptionnellement longue a laissé le requérant à la merci non seulement d'atteintes arbitraires à son droit à la liberté, mais également de la torture<sup>56</sup> ». Ainsi, la Cour admet que l'existence concrète d'une menace exceptionnelle à elle seule ne justifie pas la limitation des principes démocratiques et de l'État de droit<sup>57</sup>. Elle s'est par ailleurs dressée contre le gouvernement turc, affirmant qu'une position critique envers le gouvernement et la publication d'informations pouvant être considérées comme dangereuses pour le pouvoir ne devraient pas mener à des accusations graves relatives au terrorisme<sup>58</sup>. Ainsi, la détention provisoire ne devrait être utilisée que de manière exceptionnelle, en dernier recours, en cas d'aucune autre mesure moins intrusive qui serait efficace<sup>59</sup>. Lançant une alerte auprès des autorités nationales, elle a appelé celles-ci à prouver que les procédures devant la Cour constitutionnelle turque constituaient bien une voie de recours effective<sup>60</sup>. Pour autant, en ce qui concerne les restrictions au droit d'information d'un détenu, la Cour apparaît plutôt déférente à la position turque, comme le notent les juges Bosnjak, Ranzoni et Koskelo dans l'affaire *Atilla Tas*, en allant à contre-sens de la jurisprudence développée dans l'arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*<sup>61</sup>.

---

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §184 ; *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §§71-84 ; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§48-66.

<sup>54</sup> CEDH, *Lawless c. Irlande*, *op. cit.*, §37.

<sup>55</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §68.

<sup>56</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, *op. cit.*, §§78, 119.

<sup>57</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, §180 ; CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §210.

<sup>58</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §211.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, §142.

<sup>61</sup> CEDH, *Atilla Tas c. Turquie*, 19 janvier 2021, n° 72/17, Opinion partiellement dissidente des juges Bosnjak, Ranzoni et Koskelo, §§1, 20, 32.

De la jurisprudence de la Cour, nous pouvons tirer un « noyau dur » des droits fondamentaux indérogeables protégés par la Convention, ne pouvant faire l'objet de mesures dérogoires, même en cas d'état d'urgence. Elle a notamment estimé que « les garanties du droit à la liberté et à la sûreté perdraient tout leur sens » en cas de détention provisoire sans raison plausible suffisante<sup>62</sup>. La Cour mentionne l'existence de la « plausibilité des soupçons » comme « un élément essentiel » de l'article 5 de la Convention<sup>63</sup>. Il a donc, dans les droits protégés par la Convention, des éléments essentiels, auxquels les États ne sauraient contrevenir sans aller « à l'encontre du but poursuivi par l[es] article[s] [...] de la Convention<sup>64</sup> ». Encore, la Cour évoque la notion de « pierres angulaires des garanties contre l'arbitraire » en contrôlant le respect des principes de l'état de droit et de la sécurité juridique. Ainsi, nous pouvons en conclure que le contrôle de la Cour est limité à l'arbitraire, et ne donc constitue pas un contrôle de stricte nécessité. L'évaluation de la proportionnalité des mesures d'exception adoptées est plus limitée que dans le droit commun, alors même qu'il devrait en être autrement, puisqu'il existe un risque accru d'abus et de violation de la part des autorités nationales.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, il est à noter que la Cour accepte qu'une mesure qui ne soit pas provisoire puisse être valide<sup>65</sup>. Ainsi, les juges européens ont alors acquiescé quant à la possibilité pour les États de mettre en œuvre des mesures concrètes à durée illimitée. Cela confirme encore la normalisation de l'état d'urgence, qui n'a donc plus besoin d'être exceptionnel, circonscrit dans le temps. Toutefois, ce temps de vie des mesures adoptées peut « entrer en ligne de compte pour la question de la proportionnalité de la riposte qui lui est apportée »<sup>66</sup>. Ce contrôle de proportionnalité étant fortement limité, il n'est pas surprenant que la Cour refuse d'examiner l'efficacité des mesures adoptées par l'État afin de faire face à une menace<sup>67</sup>. Pourtant, la durée même des mesures d'exception adoptées par un État pose question lorsque, comme en France lors de la déclaration de l'état d'urgence en 2015, après les attentats terroristes, le gouvernement français avait déclaré que « la menace terroriste en France revêt[ait] un caractère durable »<sup>68</sup>, alors même que cet état d'exception est par nature temporaire.

---

<sup>62</sup> CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §146.

<sup>63</sup> CEDH, *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, *op. cit.*, §147.

<sup>64</sup> *Ibid.*, §148.

<sup>65</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §178.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§78-79.

<sup>68</sup> Conseil de l'Europe, Déclaration consignée dans une Note verbale de la Représentation Permanente de la France, datée du 24 novembre 2015, enregistrée au Secrétariat Général le 24 novembre 2015

En outre, la Cour observe, encore une fois, une position de grande déférence à l'égard du juge national. Elle accorde alors à celui-ci une large marge d'appréciation concernant le contrôle de l'application de l'article 15 de la Convention, et suit ses conclusions, « à moins que l'on ne puisse établir [qu'il] a mal interprété la Convention ou la jurisprudence de la Cour ou que ses conclusions sont manifestement déraisonnables<sup>69</sup> ». Or, les cours nationales peuvent également ne pas être en mesure de protéger effectivement les droits et libertés consacrés par la Convention en cas de danger menaçant la vie de la nation. En effet, ceux-ci « peuvent répondre à un 'instinct grégaire' en adoptant une attitude particulièrement déférente lorsqu'ils sont appelés à examiner les actions et les décisions gouvernementales » en période de grand danger, notamment lorsque l'exécutif concentre davantage de pouvoirs<sup>70</sup>.

Ainsi, de manière générale dans le contrôle de l'application de l'article 15, la Cour a élaboré une rhétorique afin de justifier la faiblesse de son contrôle<sup>71</sup>. Mais en cela, la Cour a oublié son rôle, qui n'est pas de défendre les exécutifs nationaux, mais de protéger les droits fondamentaux reconnus au sein de la Convention<sup>72</sup>. Cette modération des juges européens peut s'expliquer au regard des aspects politiquement délicats que soulève la question du contrôle de l'état d'urgence. D'une part, il est peu aisé de répondre aux besoins d'un gouvernement qui a dû agir dans l'urgence, sans avoir le temps d'élaborer des mesures plus adaptées<sup>73</sup>. D'autre part, l'état d'urgence est une problématique qui a trait « au cœur même de l'autonomie d'un État », ce qui en fait un sujet sensible, prompt à entraîner une levée de bouclier de la part des États membres en cas de contrôle trop intrusif, alors que l'effectivité de la Cour tient essentiellement à leur coopération<sup>74</sup>. La Cour témoigne alors d'une volonté de laisser une grande marge de manœuvre aux « hommes d'action », autrement dit aux exécutifs nationaux<sup>75</sup>, et plie face à l'argument de la raison d'État.

Pour autant, et comme le relève le juge Robert Spano, le respect du principe de subsidiarité ne doit pas ôter une partie du pouvoir de juger de la Cour, il ne doit pas « donne[r]

---

<sup>69</sup> CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §182.

<sup>70</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 640 ; v. aussi J. Müller, « European human rights protection in times of terrorism – the state of emergency and the emergency clause of the European Convention on Human Rights (ECHR) », *op. cit.*, p. 585 [notre traduction].

<sup>71</sup> M. M., El Zeidy, « The ECHR and States of Emergency: Article 15 - A domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations », *op. cit.*, p. 316.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>73</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 637.

<sup>74</sup> *Ibid* [notre traduction].

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 648.

carte blanche aux États<sup>76</sup> ». En effet, la Convention n'a pas été élaborée pour faire valoir l'effectivité de l'action gouvernementale, mais pour lutter contre la menace du totalitarisme<sup>77</sup>. La Cour se doit donc de contrôler si les mesures adoptées par les États pour répondre à un danger sont bien strictement nécessaires au regard des faits<sup>78</sup>, et non pas de la position du gouvernement. C'est d'autant plus indispensable que la Cour le reconnaît elle-même : il y a davantage de risques que des droits conventionnels soient violés sous les régimes d'exception<sup>79</sup>. Or, la notion d' « ample marge d'appréciation » des États vient se dresser face à un contrôle de stricte proportionnalité, puisque celle-ci constitue une « doctrine sans standard », entraînant une protection des droits fondamentaux à géométrie variable<sup>80</sup>. Pourtant, c'est dans le cadre du contrôle de l'article 15 que la Cour accorde la plus large marge d'appréciation aux États<sup>81</sup>. M. le juge Martens a d'ailleurs souligné que la notion de « stricte mesure » mentionnée dans l'article 15§1 de la Convention est incompatible avec la notion de « large marge d'appréciation », et qu'elle implique un contrôle plus important que celui mené dans des circonstances de droit commun, limité à la nécessité dans une société démocratique<sup>82</sup>. Ainsi, le contrôle effectué par la Cour dans un contexte d'exception devrait être plus rigoureux qu'en temps normal, et non pas limité à l'arbitraire manifeste. En outre, le contrôle devrait être croissant plus ces mesures se révèlent d'application illimitée dans le temps<sup>83</sup>.

Alors, dans ce cadre, que pourrait-il être fait en plus ? On peut suggérer un système d'avis consultatifs rendus par la Cour afin de déterminer, au moment de l'activation de l'article 15 de la Convention et avant même qu'elles ne soient adoptées, si les mesures de dérogations envisagées seront conformes à la Convention<sup>84</sup>. Dans ce cas, cela impliquerait un contrôle *in abstracto* et *a priori* des mesures, en dehors d'une application à un cas précis, sans pouvoir observer les effets concrets de celles-ci. Selon Brendan Mangan, qui proposait déjà l'adoption

---

<sup>76</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, Opinion concordante du juge Robert Spano, §3.

<sup>77</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 64.

<sup>78</sup> CEDH, *Sahin Alpay c. Turquie*, *op. cit.*, Opinion concordante du juge Roberto Spano, §4.

<sup>79</sup> V. CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, opinion dissidente de M. le juge Walsh, §9.

<sup>80</sup> Lord Lester of Herne Hill, « Universality Versus Subsidiarity: A Reply », *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 75-76.

<sup>81</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>82</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, Opinion concordante de M. le juge Martens, §4.

<sup>83</sup> O. Gross, D. F. Ni Aolain, « From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 636.

<sup>84</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 787.

d'un nouveau protocole relatif au contrôle de l'article 15 en 1988, ces avis pourraient être rendus à la demande de l'État, de manière confidentielle, et seraient non-contraignants<sup>85</sup>.

Dans l'état du droit actuel, le Protocole n°16 à la Convention autorise les plus hautes juridictions d'un État à « adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles [...] dans le cadre d'une affaire pendante devant [cette juridiction]<sup>86</sup> ». Mais ici, l'avis est rendu dans le cadre d'un contentieux déjà existant, n'étant ainsi plus *a priori*. Ainsi, il faudrait alors envisager une nouvelle base légale qui permettrait de mettre en œuvre une telle procédure. Or, au regard du contexte sécuritaire, notamment depuis les attentats terroristes qui ont eu lieu dans plusieurs États européens, ainsi que de la crise sanitaire actuelle, il semble peu probable que les États parties à la Convention envisagent d'adopter un protocole additionnel. Notons par ailleurs que ceux-ci ont souhaité faire mention du principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation des États dans le cadre du contrôle de la Cour dans le protocole n° 15 récemment entré en vigueur<sup>87</sup>.

En outre, un contrôle *in abstracto* comporte plusieurs difficultés. Une mesure qui peut apparaître sur le papier comme nécessaire et proportionnée peut se révéler liberticide une fois mise en œuvre<sup>88</sup>. De plus, une loi approuvée par la Cour avant même son application pourra servir à invalider tous les autres recours qui pourraient être intentés contre une telle législation par la suite. Un tel contrôle nous amène à nous interroger sur les délais et leurs impacts sur l'effectivité du dispositif. En effet, dans l'urgence, les États seront-ils prêts à attendre que la Cour rende un avis avant d'adopter une législation d'exception ?<sup>89</sup> D'un point de vue plus politique enfin, il est plus qu'incertain que les États acceptent de conditionner la possibilité de déclencher l'état d'urgence au contrôle d'un organe juridictionnel supranational<sup>90</sup>.

Il est aussi possible d'imaginer que la Cour voie que les mesures adoptées par l'État membre visent et ont pour effet concret le retour à une situation normale. Il s'agit du but même de ces mesures : combler les lacunes de la législation ordinaire face à un danger, pour un retour

---

<sup>85</sup> B. Mangan, « Protecting Human Rights in National Emergencies: Shortcomings in the European System and a Proposal for Reform », *Human Rights Quarterly*, 1988, vol. 10, n. 3, p. 391.

<sup>86</sup> Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, STCE 214, art. 1.

<sup>87</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 24 août 2011, STCE 213, art. 1.

<sup>88</sup> S. Wallace, « Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform », *op. cit.*, p. 787.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

le plus rapide à une situation de droit commun, tout en protégeant au mieux les droits fondamentaux. Cela aurait pour effet d'éviter qu'une législation d'exception ne se substitue au droit commun et devienne un état d'exception permanent. Il est cependant à relever que la Cour marque, dans les récentes affaires impliquant l'arrestation d'opposants au pouvoir turc, une nette distinction entre les mesures dérogoires qui auraient pu être adoptées, et les mesures de droit commun, qui ne bénéficient pas du régime de dérogation offert par l'article 15 de la Convention, refusant ainsi de « réduire[e] à néant les conditions minimales de l'article 5 § 1 c) de la Convention »<sup>91</sup>.

Enfin, il convient de terminer cette analyse en mentionnant qu'il est une dernière obligation qui incombe aux États : les mesures prises par ces derniers en application de l'état d'urgence ne doivent pas être en contradiction avec ses autres obligations découlant du droit international. Cela découle directement de l'article 15§1. Si ces mesures venaient à entrer en contradiction avec d'autres de ses obligations internationales, l'État bafouerait son obligation de ne prendre que des mesures strictement nécessaires<sup>92</sup>. Cette disposition va dans le même sens que l'article 53 de la Convention, prévoyant que les dispositions de cette dernière ne peuvent être interprétées comme « limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ». Cette question est en lien avec la protection prévue par le droit international humanitaire et le droit international pénal<sup>93</sup>, mais elle revêt également des liens étroits avec l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce que ce dernier octroie également une possibilité de dérogations aux États contractants. Il se lit comme suit : « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international [...] »<sup>94</sup>. Celui-ci prévoit notamment une liste de droit indérogables plus fournie que celle de

---

<sup>91</sup> CEDH, *Atilla Tas c. Turquie*, *op. cit.*, §140 ; *Sik c. Turquie*, 24 novembre 2020, n° 36493/17, §140 ; *Sabuncu et autres c. Turquie*, 10 novembre 2020, n° 23199/17, §183 ; *Kavala c. Turquie*, 10 décembre 2019, n° 28749/18, §158.

<sup>92</sup> J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 2e éd., 1993, p. 208.

<sup>93</sup> P. Kempees, "Hard Power" and the European Convention on Human Rights, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>94</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 187 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), art. 4.

l'article 15 de la Convention<sup>95</sup>. Cette question du respect des obligations internationales n'est toutefois quasiment jamais abordée dans la jurisprudence de la Cour européenne. Tout au plus, celle-ci est brièvement mentionnée à l'occasion de l'affaire *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, dans laquelle les requérants alléguaient que le Royaume-Uni avait agi de manière contraire à l'article 4 du Pacte en ce qu'il n'avait pas officiellement proclamé de dérogation à celui-ci. Toutefois, la Cour a rejeté cet argument, estimant qu'un simple discours était suffisant pour être considéré comme déclaration officielle<sup>96</sup>. Au vu de la quasi-inexistence de l'invocation de cette disposition, il n'y a – à la différence de tout ce qui a été développé ci-dessus – pas lieu de formuler de quelque observation concernant le contrôle que la Cour exerce sur ce point. Pourtant, la Cour pourrait aller bien plus loin dans ce contrôle, en ce que « dans ces situations exceptionnelles, la Cour peut évaluer les actions de l'État à la lumière de l'ensemble de ses obligations internationales et agir davantage qu'un simple organe du système de Strasbourg<sup>97</sup> ».

### CONCLUSION

Finalement, il apparaît de manière générale que la Cour – apparemment gênée d'exercer ses pouvoirs de supervision du respect de la Convention en période d'exception – est particulièrement réservée lorsqu'il s'agit de concrétiser les conditions prévues expressément par l'article 15. Pourtant, la survenance de la crise du COVID-19, qui a mis à mal les droits et libertés de chacun à grande échelle, va appeler la Cour à devoir se prononcer sur les mesures d'exceptions dont chaque État a dû recourir afin de lutter contre l'épidémie<sup>98</sup>. Il ne nous reste plus qu'à devenir témoins de la lourde tâche qui s'impose aux juges de Strasbourg, entre leur fonction originelle de gardiens des droits et libertés et l'épée de Damoclès que représente la souveraineté des États, point très sensible en période d'exception. Mais au regard de la déférence de certains juges nouvellement nommés à l'égard de certaines démocraties que d'aucuns qualifient d'« illibérales », le renforcement du contrôle de la Cour à l'égard des mesures de dérogations aux droits protégés par la Convention apparaît relativement incertain,

---

<sup>95</sup> J. Gerards, S. Greer, R. Slowe, « The Case Law of the European Court of Human Rights », in *Human Rights in the Council of Europe and the European Union: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2018, p. 192.

<sup>96</sup> CEDH, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §73.

<sup>97</sup> J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 208 [notre traduction].

<sup>98</sup> « La Cour européenne des droits de l'Homme veut répondre vite aux problèmes soulevés par la pandémie », *RTBF*, 28 janvier 2021, disponible en ligne : [https://www.rtb.be/info/monde/detail\\_la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-veut-repondre-vite-aux-problemes-soulevés-par-la-pandemie?id=10684979](https://www.rtb.be/info/monde/detail_la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-veut-repondre-vite-aux-problemes-soulevés-par-la-pandemie?id=10684979) (consulté le 19 mars 2021).



et il semble que la « spirale de l'exception<sup>99</sup> » constitue une menace bien réelle pesant sur nos systèmes juridiques.

---

<sup>99</sup> M. Delmas-Marty, « Quand l'Europe raisonne la raison d'État », *op. cit.*, p. 18.



