

**ESPACES DU DROIT
ET DROITS DES ESPACES**

Collection *Administration et Aménagement du territoire*

dirigée par Jean-Claude Némery

Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Directeur du Centre de Recherche sur la Décentralisation

Territoriale (EA 3312 – GIS GRALE CNRS)

Administrer, aménager le territoire constitue une des missions fondamentales des Etats modernes. Gérer les espaces de quotidienneté et de proximité dans le cadre de la décentralisation et de la démocratie locale, assurer le contrôle administratif et financier de l'action publique, anticiper l'avenir pour assurer un meilleur développement grâce à la prospective sont les objectifs essentiels des pouvoirs publics. Cette collection *Administration et Aménagement du territoire* doit répondre aux besoins de réflexions scientifiques et de débats sur cet ensemble de sujets.

Derniers ouvrages parus

Jean-David DREYFUS, Hervé GROUD, Serge PUGEAULT, (sous la dir.), Associations et Collectivités Territoriales, *Les liaisons dangereuses*, 2009.

Anne-Paule BÉIS, Cyrille PLANSON, *Spectacle vivant jeune public, réseaux et coopération internationale*, 2009.

Valérie-Anne JANSSENS-PEYREGA, *L'influence du droit communautaire sur la pratique des aides locales aux entreprises*.

Créer des territoires compétitifs face à la mondialisation, 2008.

Groupe de Recherches sur les Musées et le Patrimoine (GRMP), *Patrimoine et mondialisation*, 2008.

Jean-Claude NEMERY, Michel RAUTENBERG et Fabrice THURIOT (sous la dir. de), *Stratégies identitaires de conservation et de valorisation du patrimoine*, 2007.

Sylvie DIART-BOUCHER, *La réglementation vitivinicole champenoise*, 2007.

Martin Paul ZE, *La politisation des fonctionnaires au Cameroun*. 2007.

Jean-Claude NEMERY (sous la dir.), *Quel avenir européen pour la Meuse et le territoire mosan ?* 2007.

Sous la direction de
Guillaume Protière

ESPACES DU DROIT ET DROITS DES ESPACES

L'Harmattan

© L'Harmattan, 2009
5-7, rue de l'École polytechnique, 75005 Paris

<http://www.librairieharmattan.com>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-296-10553-9
EAN : 9782296105539

LES AUTEURS

Eliana Patrícia BRANCO

Chercheure au *Centro de Estudos Sociais*, Université de Coimbra (Portugal)

Béatrice DELZANGLES

Maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine (Paris 9)

Amélie GILLOT-KARGOL

Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Lyon 2

Gilles GUGLIELMI

Professeur à l'Université Paris 2

Geneviève IACONO

Maître de conférences à l'Université Lyon 2

Mathilde KERNEIS

Allocataire-Monitrice à l'Université de Rouen, Centre d'études des systèmes juridiques

Fabien MALARD

Allocataire de recherche de la Région Rhône-Alpes ; Doctorant en droit à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, CERAPSE

Candice MÉRIC

Lectrice à l'Université de Virginie (États-Unis)

Mathilde PHILIP-GAY

Maître de conférences à l'Université Lyon 3

Vincent THIBAUD

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Lyon 2

Vahit POLAT

Doctorant à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne

Guillaume PROTIÈRE

Maître de conférences à l'Université Lyon 2

Président de l'Association des Jeunes Docteurs et Doctorants en Droit Public de Lyon et Saint-Étienne

Avant propos

Guillaume PROTIÈRE, Maître de conférences à l'Université
Lyon 2
Président de l'Association des Jeunes Docteurs et Doctorants en
Droit Public de Lyon et Saint-Étienne

Réalisé à l'initiative de doctorants et de jeunes docteurs, l'ouvrage ici présenté reprend les actes de la troisième journée d'études¹ organisée à Lyon le 24 avril 2009 par l'Association des Jeunes Docteurs et Doctorants en Droit Public de Lyon et Saint-Étienne (AJ3DP-LSE)². De ce fait, il présente une triple originalité qu'il nous semble nécessaire de préciser.

- **« Espaces du droit et droits des espaces » : le thème de la Journée**

Le thème de travail retenu par les membres de l'AJ3DP-LSE, « **Espaces du droit et droits des espaces** », s'inscrit dans l'air du temps³ d'une époque qui voit l'État se décentraliser et le monde se globaliser, les problèmes environnementaux truster l'agenda politique, sociétal et, partant, juridique, ou encore se raviver les rêves de conquêtes spatiales des grandes puissances... Si les textes rassemblés ici s'inscrivent dans des problématiques contemporaines

¹ Les actes de la première journée d'études de l'AJ3DP, consacrés aux enjeux constitutionnels de l'élection présidentielle 2007, sont parus dans la revue *Politèia* en décembre 2007.

² L'Association des Jeunes Docteurs et Doctorants en Droit Public de Lyon et Saint-Étienne est une association-loi 1901 regroupant les doctorants et jeunes docteurs en droit public des Universités Lyon 2, Lyon 3 et Saint-Étienne. Créée en juillet 2006 par des doctorants de l'Université Lyon 2, elle s'est élargie en septembre 2008 aux jeunes chercheurs des deux autres établissements du PRES « Université de Lyon ». Elle compte désormais une quarantaine de membres et ses activités peuvent être consultées sur son blog : www.aj3dplse.com.

³ Il s'inscrit également dans l'esprit des thématiques de recherches actuelles. À titre d'exemple, voir les activités du groupe de recherche « Construction des "espaces" par le droit » placé sous l'égide de l'Équipe d'accueil Forces du droit : Paradoxes, comparaisons, expérimentations (Université Paris 8), dirigée par Mme le Professeur Geneviève Koubi. Pour un exemple en philosophie, voir l'ouvrage dirigé par T. PAQUOT et C. YOUNÈS, *Lieu et espace dans la pensée du XX^e siècle*, Paris, La Découverte, Coll. « Armillaire », 2009, 385 p.

(pour ne pas dire d'actualité), leur force est toutefois de ne jamais se réduire à une analyse conjoncturelle.

Qu'il s'agisse de la piraterie, des espaces naturels ou encore des institutions territoriales, les analyses savent prendre de la hauteur et soulever les enjeux fondamentaux pour la réflexion (juridique, mais également citoyenne) sans perdre de vue les implications immédiates de la thématique étudiée. Celle-ci étant fort large, les travaux ici rassemblés n'ont pas prétention à en embrasser tous les aspects. Certains manquent (la question de l'espace extra-atmosphérique par exemple) et on peut, peut-être, le regretter. Malgré cela, il nous semble que les thèmes choisis, relevant tous des droits des espaces, confèrent une cohérence réelle à l'ouvrage que leur multiplication aurait, au contraire, altérée. L'analyse de thèmes plus resserrés permet en effet de mieux faire ressortir les lignes de force de la thématique étudiée et de parvenir à des conclusions plus claires. En somme, nous avons préféré défricher un territoire restreint que de nous abîmer dans le survol de trop nombreux espaces ! La qualité nous importe plus que la quantité.

▪ **La promotion de la « Jeune Recherche » : les auteurs**

L'objectif de la Journée d'études étant de permettre à de jeunes chercheurs de prendre la parole, souvent pour la première fois, dans une manifestation scientifique, une large frange des auteurs (en fait, un peu plus de la moitié) est en cours de doctorat. Le lecteur ne devra donc ni s'étonner de ne pas (encore !) les connaître, ni en déduire un moindre intérêt de l'ouvrage. Au contraire, les travaux ici réunis démontrent les réelles qualités de chercheur de leurs auteurs, qui puisent dans leur jeunesse une originalité de vue qui n'a d'égale que la rigueur et l'exigence des analyses développées. De plus, le primat donné à la « jeune recherche » ne signifie pas que les chercheurs plus expérimentés soient absents ; s'ils n'apparaissent pas directement dans les actes de la Journée, ils furent néanmoins présents pour commenter, discuter les points de vue et guider les auteurs afin de leur permettre de progresser et de se perfectionner. Nous voulons d'ailleurs profiter de ces quelques lignes pour remercier les enseignants qui ont accepté de jouer le jeu, que ce soit en tant que présidents d'atelier (Mmes Geneviève KOUBI (Professeur à l'Université Paris 8) et Mireille COUSTON (Professeur à l'Université Lyon 3) ; MM. Baptiste BONNET (Professeur à l'Université de Saint-Étienne) et Marc OLLIVIER (Maître de

conférences à l'Université catholique de Lyon), participants ou dans la salle⁴. Au-delà des apparences, l'ouvrage est donc le résultat d'une collaboration, aux formes encore peu banales, entre chercheurs « jeunes » et « plus expérimentés ». Malgré cela, chaque auteur demeure bien évidemment seul responsable de ses écrits et n'exprime que son opinion personnelle.

▪ **Espace(s) et droit(s) : le plan de l'ouvrage**

L'ouvrage entend, à partir d'une série d'études des différents droits des espaces, réfléchir à, ou aux espaces du droit. Chacun des deux syntagmes composant le titre de l'ouvrage renvoie ainsi à une acception du terme « espace » que l'on peut tenter de préciser, sans toutefois prétendre épuiser l'ensemble de ses implications⁵. Il s'agit simplement de mettre en évidence les grandes lignes innervant les études rassemblées.

L'espace peut tout d'abord correspondre à une réalité matérielle : le(s) *droit(s) des espaces* renvoie(nt) en effet à une série de réalités naturelles (la mer, la montagne, la forêt, etc.) ou artificielles (l'agglomération, la zone d'aménagement concertée, etc.) que le droit entend régir, organiser ou encore protéger. L'espace au sens juridique, s'il est construit à partir d'un *substratum* physique ou sociologique, se désolidarise donc des réalités matérielles qu'il consacre. Le droit établit ainsi sa propre cartographie de l'espace, identifiable en raison de ses modes d'énonciation et d'édition, et de leurs conséquences. Tout d'abord, le droit développe sa grammaire de l'espace, dont la sémantique est construite autour de la notion de territoire⁶. Celle-ci

⁴ Nous souhaitons également remercier les institutions qui nous ont apporté leur soutien : la Faculté de Droit et Science politique de l'Université Lyon 2, les Facultés de Droit des Universités Lyon 3 et de Saint-Étienne, les Universités Lyon 2 et de Saint-Étienne, le Centre de Droit constitutionnel, l'Équipe d'accueil Droit comparé et international des affaires, le Centre d'études et de recherches sur l'administration publique de Saint-Étienne et le pôle de recherches TemiS. Nous remercions également Mme Natacha VIGNE, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Saint-Étienne et M. le Professeur Olivier NÉGRIN, Doyen de la Faculté de Droit et Science politique de l'Université Lyon 2 d'avoir accepté d'ouvrir la journée.

⁵ En complément de ces brefs propos, le lecteur peut se reporter au rapport introductif (voir *infra*).

⁶ Ainsi que le rappelle le Professeur J.-M. PONTIER, « le droit n'existe que par des hommes et pour des hommes *installés sur un territoire* », in « La problématique du territoire et du droit », in DOAT (M.), LE GOFF (J.), PÉDROT (P.) (Dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*,

est en effet très tôt liée à la définition même du droit. KELSEN montre ainsi au début du XX^e siècle que l'ordre juridique est valide sur un territoire donné (le « champ de validité territoriale »⁷), faisant de la territorialité des normes une de leurs composantes ontologiques. Si le développement de la décentralisation a semblé renforcer la « territorialisation du droit »⁸, l'apparition de nouveaux champs disciplinaires, tel le droit de l'environnement, et de nouveaux outils, comme par exemple la multiplication des différents zonages⁹, ont parallèlement contribué au renouvellement de la sémantique territoriale. La densification et la diversification du lexique du droit enrichissent alors la représentation juridique de l'espace de nouvelles nuances propres à lui permettre de mieux prendre en compte le territoire réel et ses évolutions. Ils contribuent toutefois dans le même temps à une remise en cause des conceptions traditionnelles, obligeant les juristes à envisager à nouveau ce point qui semblait solide. Ensuite, les conditions juridiques d'édiction de l'espace s'avèrent particulières puisque la carte juridique est construite téléologiquement ; en organisant l'espace, le droit ne vise pas simplement à le décrire (ce que font les autres sciences humaines et sociales, à commencer par la

Rennes, P.U.R., Coll. « L'Univers des Normes », 2007, p. 39. Nous soulignons. Sur ce thème, voir d'une manière générale son introduction.

⁷ KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J.-Bruylant, Coll. « La pensée juridique », 1997, p. 260.

⁸ MADIOT (Y.), « Vers une territorialisation du droit », *RFDA*, 1995, pp. 946-960. Pour une présentation plus récente, voir AUBY (J.-B.), « Réflexions sur la territorialisation du droit », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 1 et suivantes.

⁹ Cela vaut dans des domaines très différents. À titre d'exemple, en droit social : Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires (*JORF*, n° 184, 11 août 2009, p. 13313) ; en droit international : Loi n° 2004-109 du 6 février 2004 autorisant l'approbation de l'accord sur la conservation des cétacés de la mer Noire, de la Méditerranée et de la zone atlantique adjacente (*JORF*, n°32, 7 février 2004, p. 2615) ; en droit de l'urbanisme : Loi n° 96-1241 du 30 décembre 1996 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur de la zone dite des cinquante pas géométriques dans les départements d'outre-mer (*JORF*, n°1, 1 janvier 1997, p. 24) ; pour la politique de la ville : Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville (*JORF*, n° 266, 15 novembre 1996, p. 16656). Ces exemples ne sont évidemment pas exhaustifs.

géographie¹⁰), mais à l'instituer, c'est-à-dire lui donner une réalité sociale indépendante de sa matérialité¹¹. Cette portée instituante rappelle alors que « le droit est la forme par excellence du discours agissant, capable par sa vertu propre de produire des effets. Il n'est pas trop de dire qu'il *fait* le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui. Il importe en effet de poser que [...] nous produisons les catégories selon lesquelles nous construisons le monde social et que ces catégories produisent le monde »¹². En ce sens, la grammaire juridique du territoire rapidement évoquée participe à l'édification du support matériel du champ social. Les droits des espaces permettent ainsi de s'approcher au plus près de la fonction anthropologique du droit, conçu comme mode de représentation du monde dans la lignée des propos du Professeur SUPIOT : « comme l'a si bien noté Louis DUMONT, l'homme ne se comporte pas, il agit avec une idée en tête [...]. Tant que les hommes penseront, et ne se borneront pas à calculer [...], l'histoire ne s'arrêtera pas car ils continueront à projeter devant eux les images d'autres mondes possibles. Et le droit est précisément l'un des lieux où s'inscrivent ces images. C'est pourquoi l'étude du droit est un moyen de savoir à quoi rêvent les hommes à un moment donné »¹³. À cette aune, la cartographie juridique des espaces n'apparaît pas comme la seule affaire de juristes soucieux de se doter d'outils leur permettant d'intégrer la question spatiale à leur discipline, mais comme un produit social, prompt à révéler les conditions de lutte pour parvenir à promouvoir une certaine conception de la vie sociale. Construire des espaces, c'est en effet instituer et donner sens aux champs sur lesquels se construit l'Espace social et dans lesquels se meuvent les individus. C'est simultanément poser (et régler) la question des conditions de partage de cet espace afin de permettre

¹⁰ À titre d'illustration, voir l'entrée « Espace », in DORTIER (J.-F.) (Dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2004, pp. 199-203, part. pp. 200-202.

¹¹ Pour illustrer ce point, on peut reprendre la célèbre affirmation de Léon Duguit au sujet des dîners avec les personnes morales. Si aucun d'entre nous n'a en effet jamais dîné avec une personne morale, une commune par exemple, cela ne signifie pas pour autant que celle-ci soit dépourvue de réalité sociale, au sens où les habitants pourront éprouver un sentiment d'appartenance, qu'elle travaillera à une certaine différenciation d'avec les autres communes, etc. En cela, le droit en organisant le territoire aura participé à l'affirmation d'un phénomène social.

¹² BOURDIEU (P.), « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 13. L'auteur souligne.

¹³ SUPIOT (A.), « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, 2001, 2, p. 157.

la vie en commun, comprise ici dans son acception matérielle de cohabitation pacifique sur un territoire fini. La description de l'espace à laquelle se livre le droit participe donc à donner du sens au monde. Le droit devient ainsi enjeu et outil de la vie sociale : la maîtrise du droit comme maîtrise de la représentation du monde.

Concevoir le droit comme construit social impose alors de réfléchir aux conditions de son insertion dans le champ social, c'est-à-dire de penser *le ou les espace(s) du droit*. Dans ce sens, le terme « espace » perd sa matérialité (il ne renvoie à aucune réalité physique) pour devenir un artefact destiné à décrire la place du droit dans la vie du corps social. Le juriste est alors mal armé pour envisager cette question. L'affirmation de la science juridique ayant eu pour objet de dégager le droit de sa dimension sociale afin de l'ériger en objet d'analyse d'une science spécifique et autonome¹⁴, l'épistémologie juridique se heurte ici à la limite de ses outils, voire affronte une question qui ne se pose normalement pas au juriste positiviste-normativiste¹⁵. Étudier l'espace du droit implique pourtant de franchir le Rubicon de cette conception de la science juridique pour s'emparer de la dimension sociale du droit, c'est-à-dire réfléchir à la manière dont les acteurs sociaux peuvent l'invoquer, l'interpréter, le revendiquer pour satisfaire leur(s) dessein(s) et modeler le monde dans lequel ils vivent¹⁶. Analyser l'espace du droit consiste ainsi à admettre sans ambiguïté la dimension instrumentale du droit, enjeu de lutte et moyen de domination sociale¹⁷. Il implique également que l'espace du droit ne soit *qu'une* composante (parmi d'autres¹⁸) de l'espace social et qu'il noue des rapports avec ces autres composantes. La notion d'espace retrouve ici certaines qualités du « champ » développé par la sociologie bourdieusienne, telles que l'homogénéité et la cohérence interne en tant que facteur de son autonomisation

¹⁴ Pour une illustration, TROPER (M.), *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je ? », 2006, 2^e éd., chap. 2, pp. 26-65, part. pp. 35-36. Pour une critique de cette conception, BOURDIEU (P.), « La force du droit », *op. cit.*, p. 3.

¹⁵ MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, Coll. « Universités », 2008, pp. 23-27 et pp. 40-41.

¹⁶ BOURDIEU (P.), « Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des règlements », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1990, n° 81/82, p. 91.

¹⁷ BOURDIEU (P.), « La force du droit », *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ Qu'il s'agisse du champ administratif (BOURDIEU (P.), « Droit et passe-droit... », *op. cit.*), du champ politique (BOURDIEU (P.), « La représentation politique. Éléments pour une théorie du champ politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1981, n° 36/37, pp. 3-24) ou d'autres.

comme objet social¹⁹ et comme objet d'étude. L'espace du droit apparaît alors comme un ensemble homogène au sein duquel les acteurs sociaux, reconnus en raison de leur fonction particulière (l'interprétation du droit), se disputent afin d'imposer une définition légitime du droit²⁰. Cette définition soulève immédiatement une difficulté pour le juriste : centrée sur le fonctionnement interne du champ juridique, elle lui donne à voir un objet dont il ne peut s'emparer sans se départir de ses outils d'analyse et se trouver « vampirisé » par la sociologie. On peut certes être tenté d'accepter de « considérer la sociologie du “champ juridique” comme une sorte de nouveau “topos” ouvert à l'investigation des juristes »²¹, mais cela nous conduirait à modifier le terrain d'étude²². Aussi, tout en retenant la définition proposée, nous modifierons ici la posture d'analyse retenue par la sociologie critique : plus que le fonctionnement interne de l'espace du droit, il s'agira en effet de l'envisager d'un point de vue externe, c'est-à-dire au regard des autres champs sociaux. Une particularité du droit incite à préférer cet angle d'étude. S'il est matériellement un produit social résultant d'une lutte pour détenir les moyens de décrire le monde, formellement, le droit exprime la conception du monde du pouvoir légitime. En cela, il est lié à l'organisation et au fonctionnement de la Communauté politique, cadre que le juriste connaît bien et dont ses outils permettent l'étude. L'espace du droit, envisagé comme enjeu de la vie en commun, permet alors d'ouvrir les analyses sur les implications sociales du droit, tout en préservant la cohérence intellectuelle de la démarche juridique²³.

En conséquence, l'ouvrage, dont les thèmes d'étude se situent à la jonction de ces deux dimensions, retient une démarche qui vise autant à étudier le droit positif, moyen de décrire et de comprendre l'espace au sens matériel, qu'à replacer l'ensemble des corpus juridiques envisagés dans le système social, esquissant ainsi des pistes sur la manière dont la détermination matérielle des espaces permet au droit de lui-même assurer son existence dans le champ social. Les deux acceptions de la notion d'« espace », loin de

¹⁹ BOURDIEU (P.), *Questions de sociologie*, Paris, Éd. de Minuit, 1989, p. 13.

²⁰ BOURDIEU (P.), « La force du droit », *op. cit.*, pp. 3-4.

²¹ CAILLOSSE (J.), « Pierre BOURDIEU, *juris lector* : anti-juridisme et science du droit », *Droits et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 21.

²² Est-il besoin de rappeler qu'il s'agit des droits des espaces.

²³ « L'ouverture du droit sur les sciences sociales ne saurait en effet se pratiquer au prix d'une dissolution de l'objet irréductible de la pensée juridique » ; CAILLOSSE (J.), « Pierre BOURDIEU, *juris lector*... », *op. cit.*, p. 22.

s'opposer, se rencontrent et s'imbriquent pour dessiner un ensemble complexe et homogène, participant ainsi à l'entreprise de définition de la notion d'« espace » en sciences sociales.

À cette fin, l'ouvrage s'organise en quatre thèmes, centrés chacun sur un aspect particulier de la thématique.

Après une introduction, au cours de laquelle Geneviève IACONO (Maître de conférences à l'Université Lyon 2) esquisse, sur le mode poétique, les enjeux du sujet, le premier thème, intitulé « **Le droit, construction d'un espace commun ?** », cherche à envisager la manière dont le droit, à travers les représentations du réel qu'il transmet, structure la vie sociale. Deux axes sont explorés : Vincent THIBAUD (A.T.E.R. à l'Université Lyon 2), à travers l'étude du projet de construction d'un « Grand Stade » à Lyon, analyse la manière dont le droit conditionne le discours des acteurs, publics et privés, dans leur participation au débat démocratique, point de rencontre entre les intérêts public et privé. Chaque acteur tente alors de promouvoir, dans le champ politique, une interprétation du droit favorable à ses desseins. Ces positions antagonistes sont *in fine* tranchées par le juge administratif, qui détermine en droit les conditions de conciliation de ces intérêts. M. THIBAUD relève alors que la jurisprudence évolue ; sous l'influence du droit communautaire, la balance des intérêts semble s'inverser au profit de l'affirmation et du primat de l'intérêt économique. L'intérêt public en voie de devenir accessoire, les fondements classiques de l'espace commun vacillent, risquant d'emporter avec eux une certaine conception du droit public, dont l'espace se restreint incontestablement. De son côté, Patricia BRANCO (Chercheure à l'Université de Coimbra) recourt à la sociologie du droit pour examiner la manière dont l'architecture des tribunaux conditionne l'accès au droit. La notion d'espace revêt ainsi tour à tour plusieurs sens, Mme BRANCO montrant bien que l'agencement de l'espace physique participe de la structuration d'un espace juridique symbolique au cœur de la fonction de juger. Le droit acquiert ainsi une nouvelle texture, dépassant la simple norme pour redevenir un mode de régulation sociale, participant au bon fonctionnement de l'espace commun, au fondement de la vie démocratique.

Le deuxième thème, « **Le droit, construction d'un territoire commun** », ramène le lecteur à des considérations plus familières au juriste en appréhendant la manière dont les acteurs publics usent du droit pour modeler le territoire commun. L'appareillage normatif, instrument au service des politiques publiques

d'aménagement et de développement du territoire, est alors confronté à la réalité physique, la notion d'espace laissant place à celle de territoire. Fabien MALARD (Allocataire de recherche à l'Université de Saint-Étienne), en analysant les conditions de transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales à l'aune des grands équipements, montre que le choix d'un mode de transfert de compétences contribue à promouvoir une certaine conception du territoire. En modifiant tant l'objet (transfert de propriété et de gestion en lieu et place d'un simple transfert de gestion) que les procédures (en refusant par exemple de désigner la collectivité attributaire au profit d'une concurrence entre les acteurs territoriaux), l'État favorise la réactivité du territoire, non plus simplement objet mais également sujet de la politique publique mise en œuvre. M. MALARD illustre ainsi clairement que le droit peut promouvoir une conception dynamique du territoire, offrant la possibilité à ce dernier de participer à son propre agencement. Une tension identique apparaît également dans l'étude de Mathilde KERNEIS (Allocataire de recherche-monitrice à l'Université de Rouen). Celle-ci, en retraçant l'évolution de l'intercommunalité à fiscalité propre, montre que l'utilisation du droit pour redessiner le territoire est source de tensions entre l'État et les communes, chacun essayant de faire valoir ses intérêts. Loin d'une politique monolithique, le développement de l'intercommunalité éclaire au contraire les conditions et difficultés de la mise en œuvre de la dialectique de l'un et du multiple inhérente à la forme décentralisée de la République (art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958). Mlle KERNEIS rappelle ainsi que l'État conserve la mainmise sur la définition des territoires intercommunaux. La dialectique de l'un et du multiple est instrumentalisée afin que l'État puisse surmonter les velléités centrifuges et privilégier une conception du territoire favorable à ses intérêts (en l'espèce, régler le problème de l'émiettement communal). Ici, le territoire redevient largement un objet qu'il convient de définir. Enfin, Amélie GILLOT-KARGOL (A.T.E.R. à l'Université Lyon 2) utilise l'étude des conditions de protection des espaces naturels pour démontrer que le droit administratif des biens, construit sur une logique territoriale, peine parfois à s'adapter aux exigences générées par la volonté de consacrer de nouveaux espaces (naturels), qu'il ne parvient pas, en conséquence, à suffisamment protéger (alors que c'est là sa principale raison d'être). Mme GILLOT-KARGOL démontre alors qu'un dépassement de la logique territoriale n'est pas inenvisageable

mais s'avère au contraire possible, quand ce n'est pas nécessaire ; esquissant quelques pistes en ce sens (l'échelle de domanialité par exemple) et rappelant que le juge administratif a déjà su adapter ses outils afin de développer la protection d'espaces mal ou peu pris en compte par l'appareil normatif, il ressort de ses propos que les logiques spatiale et territoriale peuvent se conjuguer au profit d'une meilleure prise en compte et d'une meilleure protection de la réalité physique de l'espace considéré. Simplement, faut-il que le droit se départît quelque peu de ses conceptions traditionnelles.

Le troisième thème, « **L'espace comme frontière, la territorialité du droit** », invite à questionner les limites, géographiques, de la territorialité du droit. La question de la frontière est ainsi au cœur des deux interventions, qui éclairent la manière dont le droit prend sens par le caractère clos de son champ d'application. Vahit POLAT (Doctorant en droit à l'Université de Saint-Étienne) analyse ainsi les conséquences de l'intégration de Chypre sur la frontière de l'Union européenne et sur l'application du droit communautaire. L'Union est en effet confrontée à une question inédite : la ligne de démarcation entre la République de Chypre et la République Turque de Chypre Nord (RTCN) n'est pas conçue comme une frontière, mais une limite provisoire avant la réunification de l'île. Aussi, est-il recouru à de nombreux aménagements destinés à permettre la meilleure intégration possible de Chypre (dans son ensemble) dans l'Union (suspension de l'application de l'Acquis communautaire à la RTCN, aménagement de points de passage entre les deux entités chypriotes pour permettre aux habitants du Nord de bénéficier de la libre circulation...). L'espace physique du droit s'adapte alors aux conditions politiques afin de garantir sa plus grande effectivité possible. La politique juridique mise en œuvre par l'Union, si elle permet au droit communautaire de surmonter la limite de la RTCN pour s'y appliquer de façon conditionnée (déplaçant donc ponctuellement la frontière du droit), se heurte toutefois à l'inertie de la situation. Bien que considérée comme une simple démarcation, dans les faits, celle-ci joue le rôle d'une frontière que le droit communautaire, même à son corps défendant, institue comme telle. L'étude de Monsieur POLAT met ainsi très nettement en avant que la frontière participe *nolens volens* de l'existence du droit. Notre étude, consacrée au territoire et à l'espace dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, confirme cela. Pour la Cour de La Haye, le territoire est en effet conçu comme une aire close d'expression du pouvoir de l'État ; elle accorde ainsi

une importance substantielle à borner le territoire et à garantir la stabilité de ses frontières, y voyant un gage de la stabilité des États et, partant, de l'application du droit. La Cour essaie parallèlement d'affirmer une série de normes internationales (d'une valeur *erga omnes*) qui lui permettrait de dégager un espace normatif mondial, surmontant la conception territoriale (donc étatique) du droit. Le dépassement de la frontière ici entrepris se heurte alors à l'impossibilité de dégager une force instituante de dimension mondiale capable d'assurer l'effectivité des normes dégagées. La frontière, en garantissant le monopole d'un droit sur un espace donné, lui assure sa pleine puissance d'application. Le droit, expression/instrument d'un pouvoir, apparaît, pour cette raison même, irrémédiablement territorial(isé).

Confronté à ce constat, le quatrième thème, « **Le droit au-delà du territoire, l'extra-territorialité** », aborde alors la manière dont les acteurs juridiques tentent parfois d'utiliser le droit en s'échappant de son attachement territorial, pour favoriser l'émergence d'un nouvel espace (universel) du droit. Mathilde PHILIP-GAY (Maître de conférences à l'Université Lyon 3) montre toutefois que rien n'est simple. Étudiant le régime juridique de la piraterie internationale, elle rappelle ainsi que les vellétés globalisantes visant à promouvoir la compétence universelle se sont heurtées à des difficultés matérielles réelles (voir le cas PINOCHET par exemple). Elle dessine néanmoins des pistes (en établissant un utile rapprochement entre les deux types de compétence universelle) laissant penser qu'une conception plus restreinte, mais sans doute mieux comprise et plus opératoire de la compétence universelle est possible si l'on abandonne le projet de totalement la déterritorialiser. L'émergence d'un espace universel du droit impliquerait donc qu'il conserve des fondements territoriaux. On retrouve une position analogue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Béatrice DELZANGLES (Maître de conférences à l'Université Paris 9) montre ainsi que la Cour développe une acception territoriale de la notion de juridiction (art. 1^{er} de la Convention E.D.H.), qui, loin de limiter la portée de la Convention, lui permet au contraire d'en étendre le champ d'application effectif. La territorialisation de la norme permet ainsi, de façon singulière et *a priori* paradoxale, d'étendre l'espace du droit. L'extraterritorialité n'impliquerait donc pas la déterritorialisation du droit. Au contraire... L'étude de la mention du droit étranger dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, à laquelle se livre

Candice MÉRIC (Lectrice à l'Université de Virginie), semble *in fine* confirmer cela. Les mentions du droit étranger par la Cour suprême visent en effet bien davantage à renforcer le droit américain qu'à participer à la création d'un espace du droit transnational. L'extraterritorialité du droit n'est donc pas l'ennemie du droit territorialisé, qu'elle conduit simplement, sous certaines conditions, à renouveler. En ce sens, elle participe à la structuration symbolique de l'espace du droit au niveau mondial, sans conduire à l'abstraction normative inhérente à la déterritorialisation du droit.

Enfin, une synthèse du Professeur GUGLIELMI (Université Paris 2) clôt l'ouvrage. Nous avons volontairement conservé le format « synthèse », ne désirant pas la transformer en une conclusion qu'il aurait paru présomptueux d'apporter. Les propos du Professeur GUGLIELMI, en rappelant les apports, limites et interrogations demeures sans réponse au terme de l'ouvrage, laissent ainsi ouvert l'espace de la discussion, afin que celle-ci se poursuive. Ce faisant, le Professeur GUGLIELMI nous invite, lecteurs et auteurs, à parcourir de nouveaux territoires...
Bonne lecture !

PROPOS INTRODUCTIFS

CONTRIBUTION À UNE VARIATION POÉTIQUE SUR UN SUJET EN RECOMPOSITION

Geneviève IACONO, Maître de conférences à l'Université Lyon 2

L'espace, objet de conquêtes ou de rêves
L'espace d'un instant, où vivent les roses
L'espace de représentation du temps et de la vitesse
Espace sans frontière d'un monde globalisé
Espace transfrontalier
Espace régionalisé comme réponse à l'espace mondialisé
Espace privé, espace public
Espace numérique
Espace naturel, espace remarquable
Espace rural, espace urbain
Espace maritime, espace aérien
Espace économique
Espace politique
Espace de la puissance
Espace bipolaire, espace multipolaire
Espace de la centralité *versus* espace de la périphérie
Espace de la souveraineté
Espace de la propriété
Espace patrimoine commun de l'humanité
Espace lieu de vie de la commune humanité

Comment penser les espaces du droit dans une société mondialisée et globalisée¹, confrontée à ce qu'on nomme désormais la postmodernité² ?

Comment penser le droit des espaces dans un contexte en pleine mutation ? Telles sont les deux questions auxquelles nous tenterons d'apporter quelques éléments de réponse dans ce colloque.

Ces deux questions sont passionnantes, mais d'une redoutable complexité. Loin de s'opposer, elles s'inscrivent dans une tension qui se joue sur une nouvelle partition d'un monde en recomposition.

¹ LAÏDI (Z.), « La mondialisation ou la radicalisation de l'incertitude », *Études*, mars 1997.

² CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Coll. « Droit et société », n° 35, 2004.

Merci aux organisateurs du colloque de m'avoir proposé cet exercice introductif qui me permet de naviguer dans les interstices des espaces du droit et du droit des espaces sans m'échouer, je l'espère, sur les nombreux récifs qui balisent le sujet.

Deux récifs principaux serviront de point de repères pour poser cette réflexion introductive. Le premier résulte de la tension entre un processus qui hésite en permanence entre une territorialisation et une déterritorialisation de l'espace du droit³ et qui trouve dans la globalisation une nouvelle expression (I.).

Le deuxième récif résulte de la tension qui désormais anime le droit des espaces, et oscille entre une logique de puissance, d'intérêt et de solidarité (II.).

I. Les espaces du droit entre processus de territorialisation et de déterritorialisation

Avant d'être un problème de droit, la notion d'espace est un problème philosophique, une question de géographie et enfin un sujet de sociologie et d'anthropologie.

Sur le plan philosophique, espace et temps sont deux catégories indissociables consubstantielles de l'humanité. Cette relation est particulièrement bien identifiée par KANT pour qui, l'espace est l'expression de la puissance alors que l'inscription dans le temps est comme une révélation de l'impuissance⁴.

Mais l'espace est aussi un problème de géographie. L'espace évoque le large, le ciel aussi bien que la mer. L'espace, c'est tout sauf la clôture. La découverte des grands espaces encore vierges de toute trace de civilisation, a toujours été une aventure porteuse des grands rêves de l'humanité. Mais si « *l'ère du monde fini commence* » comme nous l'annonçait Paul VALÉRY⁵ et si aucune terre vierge ne reste plus encore à découvrir, quelles conséquences sociologiques peut-on en tirer pour nos contemporains ? Comment

³ *Espaces-temps. La déterritorialisation des territoires*, Dimensions scientifiques, sociales et politiques des sciences et de la culture. Argumentaire du Colloque CIREA, Paris 26-28 mai 2008. <http://www.ciera.fr/ciera/spip.php?article709>.

⁴ Voir sur ce sujet KANT (E.), *Critique de la raison pure*, Paris, P.U.F., Coll. « Quadrige », 1995, Introduction.

⁵ VALÉRY (P.), *Regards sur le monde actuel*, Paris, Librairie Stock, Delamain et Boutelleau, 1931, p. 11 : « toute la terre habitable a été de nos jours reconnue, relevée, partagée entre des nations. L'ère des terrains vagues, des territoires libres, des lieux qui ne sont à personne, donc l'ère de libre expression est close ».

vivons-nous la fin de la géographie comme science de découverte des espaces inconnus ? La banquise nous est effectivement proche et nous avons perdu la représentation de l'étendue du monde.

Grâce à la vitesse des moyens de communication, instantanéité et immédiateté font désormais partie de nos modes de vie⁶. Un nouvel espace-temps a été institué. Le progrès de la vitesse réduit la grandeur du monde. Pour la première fois de son histoire, l'Homme doit définir les limites de son expansion et prendre la mesure de la finitude humaine.

Quand les juristes abordaient traditionnellement la question de l'espace, c'était soit pour le relier à un territoire de compétences, soit pour le qualifier d'un attribut pour notamment désigner un espace naturel. Cet espace naturel fut pendant de longues périodes un lieu de non droit, parce qu'il évoquait les *terra incognita* et ne relevait de la puissance d'aucun État. Puis, le développement de la puissance souveraine des États s'est traduit par une mainmise sur les espaces vierges qui sont devenus progressivement des territoires de compétences nationales.

A. Le rôle déterminant de la maîtrise de l'espace dans la structuration de l'ordre juridique interne

Le droit, l'État et le territoire entretiennent depuis la naissance de l'humanité et de la civilisation des liens très étroits⁷. Les enjeux de la civilisation et de la naissance des empires ont toujours été reliés à l'appropriation de l'espace qui définit un espace de droit intégré à la puissance dominante⁸.

Qu'il s'agisse des grandes expansions impériales de l'Antiquité ou - plus près de nous - des guerres napoléoniennes, des conquêtes coloniales, de la recherche de l'espace vital ou de nouveaux gisements de matières premières, la conquête de nouveaux espaces de puissance constitue la toile de fond des relations souvent belliqueuses entre les États depuis le début de l'humanité.

⁶ SARTHOU-LAJUS (N.), « L'ère de la vitesse et des grandes migrations. Entretien avec Paul VIRILIO », *Études*, 2009/2, Tome 410, pp. 199-207.

⁷ BRAUDEL (F.), *La dynamique du capitalisme*, Paris, Flammarion, Coll. « Champs », 1990.

⁸ BARBERI (M.-S.), « Le territoire, comme figure de l'espace politique », in *Spazio sacrificiale, spazio politico : Saggi di Anthropologia Fondativa* a cura, Milano, TransEuropa 2008. <http://www.arsvi.com/2000/08dpf3.pdf>.

Le territoire, cadre de la formation de la puissance et de l'espace du droit national

Les relations interétatiques ont toujours été des relations de puissance et d'intérêts fondés sur les logiques de prédation et de conquêtes de nouveaux espaces. Les espaces convoités puis annexés sont assujettis à la puissance de l'État vainqueur qui l'insère dans son territoire et le considère comme un prolongement de sa souveraineté en imposant une nouvelle répartition des richesses économiques. Si l'espace est le lieu de la puissance, le droit est au service de cette puissance. Celle-ci s'exerce dans un cadre territorial identifié par les frontières des États. L'espace du droit recouvre le territoire de l'État souverain délimité par des frontières. Le territoire devient le cadre structurant de l'exercice des compétences.

Le territoire, un espace de tension entre propriété et souveraineté

Outre la fonction de répartiteur des richesses sur l'espace mondial, par un marquage sur le territoire des différents espaces nationaux, un deuxième élément à prendre en compte dans la constitution de l'État moderne, est la distanciation entre espace de propriété et espace de souveraineté. Ce dernier se traduit dans le droit français par le régime de la domanialité publique. Forme atypique de propriété, la domanialité publique exprime une prérogative de puissance publique qui s'exerce sur des parcelles de l'espace national, identifiées comme devant être particulièrement protégées pour l'intérêt qu'elles représentent. Cette protection opérée par la mise en œuvre du régime spécifique de la domanialité publique est justifiée soit par les caractéristiques intrinsèques du bien – c'est le cas du domaine public naturel ou artistique – soit en raison de leur fonctionnalité, comme support d'un service public.

Les différentes conceptions des repères de la domanialité qui ont eu lieu au cours de l'histoire et qui encadrent l'espace national dans une logique de plus ou moins grande protection selon les époques, n'ont pas altéré pour autant le processus qui structure en profondeur le lien entre la maîtrise par l'État de l'espace et la construction d'un territoire comme cadre d'exercice de la souveraineté.

B. Le rôle paradoxal de l'espace naturel dans la formation du droit international

La question de l'espace naturel dans la formation du droit international est d'un abord plus complexe et c'est sous la forme d'un dégradé qu'elle peut être appréhendée, notamment quand il s'agit de penser la question de la puissance et de la souveraineté. L'espace naturel peut être qualifié comme un lieu « de pas encore de puissance », comme un lieu de renoncement à la puissance, ou enfin comme un lieu de choc des puissances.

▪ « Le pas encore de puissance » évoque le temps où l'espace naturel était encore une *terra incognita*, qui échappait à une quelconque puissance souveraine. Ces terres lointaines étaient considérées par les puissances coloniales, comme un espace naturel à conquérir et ont été le lieu des plus grandes rivalités, pour pouvoir obtenir leur annexion et rentrer dans l'espace de leur propre puissance et dans leur espace juridique national.

▪ L'espace naturel peut être également un lieu de renoncement exprès ou tacite à la puissance souveraine de l'État. Sans doute parce que lieu de tous les dangers et de tous les fantasmes, la mer a échappé à la logique de la puissance, pour être inscrit dans un espace de solidarité et de coopération⁹. L'espace maritime de haute mer a été considéré comme le lieu symbolique d'expression du droit des gens, qui deviendra le droit international. Structurée par la convention de Montego Bay, cette convention des Nations Unies sur le droit de la mer définit un espace de droit commun à l'ensemble de l'humanité¹⁰.

Il n'en est pas tout à fait de même pour l'espace naturel aérien, tel qu'il a été défini par la convention de Chicago. Bien que celle-ci ait adopté de manière catégorique la solution de la souveraineté, en réservant à chaque puissance, la liberté d'accepter ou non le survol dans son espace de souveraineté, la pratique a largement dépassé la prudence des textes. On est en présence aujourd'hui d'un espace juridique internationalisé permettant de mettre en œuvre une circulation aérienne quasiment sans entrave¹¹.

⁹ QUOC DINH (N.), DAILLIER (P.), PELLET (A.), « Histoire du droit international », in *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7^e éd., pp. 41 et suivantes.

¹⁰ Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982.

¹¹ Convention relative à l'aviation civile internationale, signée à Chicago le 7 décembre 1944.

Enfin, l'article 2 du traité concernant l'espace atmosphérique précise « que cet espace y compris la lune et les autres corps célestes ne peut faire l'objet d'appropriation par proclamation de souveraineté, ni par utilisation ou d'occupation ni par aucun autre moyen »¹².

▪ Une troisième situation caractérise l'espace naturel en contact direct avec le territoire national. Cette zone de contiguïté entre les deux espaces de droit national et international se traduit le plus souvent par un choc des puissances. Celui-ci se manifeste plus par l'extension de la puissance souveraine au profit de l'espace juridique national que par l'abandon de la puissance au profit de l'espace juridique internationalisé. C'est le cas de la mer territoriale et de la zone d'exploitation exclusive dont les États riverains revendiquent la souveraineté.

C. Le brouillage des repères entre espaces du droit international et territoires de compétences nationales

Les évolutions majeures qui se sont produites au cours du XX^e siècle et qui s'accélérent depuis dix ans, ont eu pour effet de bousculer les repères entre les espaces du droit national et les espaces du droit international. La relation entre les espaces du droit se trouve renégociée aux deux niveaux, de l'espace juridique national et de l'espace juridique international.

S'agissant de l'espace juridique national défini comme on l'a vu précédemment par un territoire de compétences et délimité par des frontières, plusieurs phénomènes viennent bousculer l'ordre traditionnel. En premier lieu, un processus de recomposition des territoires administratifs est à l'œuvre par une réinjection des logiques spatiales. Ce phénomène est particulièrement visible dans les pôles de compétitivité, dans la structuration des dynamiques urbaines autour de la notion des métropoles ou plus encore dans le processus en cours de révision générale des politiques publiques.

On assiste aussi à une déterritorialisation de l'espace juridique interne, sous l'effet de la révolution numérique mais aussi du droit des multinationales. « À mesure que se renforcent les liens d'interdépendance, se multiplient les “droits venus d'ailleurs” qui pénètrent dans les droits nationaux. Ce processus d'intégration

¹² Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploitation et d'utilisation de l'espace extra atmosphérique du 27 janvier 1967.

normative touche particulièrement le droit des affaires, le droit des contrats mais aussi le droit des groupes internationaux »¹³. La compétence de l'État sur son propre territoire est mise à mal en raison de l'interdépendance accrue des marchés financiers dans la globalisation et des connexions très rapides de l'ensemble des données rendues possibles par l'Internet qui échappe largement à la souveraineté des États.

L'espace du droit national sort de l'espace strictement étatique pour appréhender un espace plus large défini dans le cadre de la mondialisation, et de l'interdépendance planétaire. La notion de territoire, comme cadre d'application d'un système de droit donné, vole en éclat, en raison de la porosité des frontières, impuissantes à faire front à toutes les menaces liées aux risques climatiques, écologiques, financiers ou aux phénomènes migratoires.

S'agissant de l'espace juridique international, lui aussi, il connaît quelques turbulences et phénomènes de brouillages, en raison de l'impuissance des organisations internationales censées le réguler. L'espace juridique international est le lieu d'une concurrence très vive entre *hard law* et *soft law*, et l'on voit largement se dessiner un espace juridique du droit international qui tend à se privatiser sous l'effet des O.N.G. ou des acteurs économiques et un espace juridique du droit international privé qui lui se politise.

Les conséquences de ce brouillage modifient les processus de régulation entre les espaces du droit, du fait du processus d'intégration normative déjà évoqué. L'espace du droit international est un lieu de coopération et de négociation entre des États souverains qui revisitent les repères de leur puissance et réévaluent dans une stratégie commune leurs intérêts respectifs. L'espace du droit est à géométrie variable, plus ou moins large selon les intérêts à défendre. L'espace du droit peut être soit interétatique dans un échange négocié de souveraineté, soit supranational quand les États s'accordent à renoncer à leur souveraineté. Enfin l'espace du droit mondial est en pleine recomposition, la régionalisation des espaces juridiques apparaissant comme une réponse à la mondialisation des espaces.

Notre paysage était paisible, sous le signe rassurant de l'unité et de la stabilité. L'espace normatif se caractérisait par référence au territoire de l'État et le temps s'inscrivait dans la durée. En

¹³ DELMAS-MARTY (M.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, P.U.F., Coll. « Les voies du droit », 2004.

imposant la double rupture, celle de l'espace désétatisé et déterritorialisé dans une logique de temps instantané, la mondialisation brouille les repères. Dans ce contexte de mutation des espaces du droit, qui ne tient plus dans les habits trop étroits définis par les frontières des États, c'est le droit des espaces qu'il convient de repenser.

II. Comment penser le droit des espaces ? Et de quel espace parle-t-on ?

La navigation en haute mer dans les espaces du droit nous a fait rencontrer un gros récif et un archipel de questions, qui éclairent d'une lumière bien différente le droit des espaces en recomposition. Le récif principal concerne le phénomène très englobant de la globalisation et de la financiarisation dont l'actualité récente a montré les limites. L'archipel de questions renvoie à la montée des risques écologiques, à la prise en compte de l'environnement, aux questions d'immigration et de l'Internet. Ces deux groupes de question n'ayant pas les mêmes effets sur le plan juridique et ne se référant pas aux mêmes principes, il convient de les traiter de manière différenciée. Si la globalisation est fondée sur le paradigme de l'intérêt et exacerbe le levier de la puissance dans une logique de l'interétatique, les problèmes d'environnement, d'immigration et d'Internet se conjuguent sur le principe de solidarité et s'appuient sur les principes de communauté et de gouvernance.

Le Droit des espaces en recomposition est constamment en tension entre logique de puissance, d'intérêts et de solidarité. Il convient de faire preuve aujourd'hui de beaucoup d'imagination pour l'appréhender de manière innovante et tenter de répondre aux défis que posent à l'État le rapport à la postmodernité.

A. Quand le paradigme de l'intérêt donne de nouvelles ailes à la puissance, comme réponse à la globalisation

C'est en nous appuyant sur les travaux de Suzan GEORGE modélisant le concept de « puissance »¹⁴ et ceux de Hans

¹⁴ ROCHE (J.-J.), *Théories des relations internationales*, Paris, Montchrestien, Coll. « Clefs Politiques », 1999, 3^e éd.

MORGENTHAU sur l'intérêt¹⁵ comme fondement des relations internationales que nous pouvons mettre en lumière les stratégies déployées par les États dans le cadre de la globalisation et de la mondialisation. De nombreux exemples pourraient être évoqués pour illustrer cette vision de l'intérêt comme moteur de la structuration du droit des espaces dans la globalisation. Nous n'en retiendrons que deux, l'un pour son actualité très récente, l'autre en raison de son caractère éminemment symbolique¹⁶.

Le premier exemple résulte de l'actualité économiques et de la crise des marchés financiers qui a défrayé la chronique depuis le 15 septembre 2008, jour de la faillite de Lehman Brothers. Le paradigme de l'intérêt comme moteur de l'activité économique internationale s'est traduit dans les faits par une recherche du profit, de rentabilité à très court terme, par une mise en compétition des territoires et des entreprises dans une logique productiviste et financiarisée. La catastrophe financière qui s'est produite a révélé la fragilité du système et la vitesse de propagation du risque systémique à l'ensemble de la planète.

Bien que la réunion du G20 à Londres début avril 2009 ait tenté de trouver des solutions dans un esprit de solidarité collective, elle n'a pas pour autant rompu avec le paradigme de l'intérêt. Si l'intérêt collectif bien compris des vingt États les plus riches du monde était de trouver des solutions rapides et efficaces pour sauver le capitalisme mondial du cataclysme financier, l'absence des grandes organisations multilatérales instaurées par les accords de Bretton-Woods a été le signe de la vigueur de la logique interétatique dans les relations internationales. Le droit de l'espace économique qui se forme dans ce nouveau sérail est un droit très exclusif qui exclut de son champ les 160 États non conviés à ce sommet et pourtant également très affectés par la crise.

Le second exemple concerne l'espace Schengen défini par l'Union européenne pour encadrer sa politique migratoire. Cet espace de droit européen peut être considéré comme le prototype de la concrétisation de la notion d'intérêt comme cadre de légitimation d'une politique commune. Le calcul bénéfice/risques conduit les États membres à accepter ou au contraire à refuser des dispositifs communs relatifs au droit d'asile et aux politiques

¹⁵ MORGENTHAU (H.), *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York, Alfred A. Knopf, 1978, 5e éd., cité in *ibid*.

¹⁶ On pourrait citer aussi les logiques de prédation sur les espaces agricoles qui ne s'inscrivent pas dans un conflit étatiques, mais opposent des populations aux entreprises multinationales.

migratoires. La définition d'un espace du droit qui conditionne un droit des espaces est largement subordonnée à la vision que les États ont de leur propre intérêt national pour accepter ou refuser de rentrer dans l'espace Schengen. Un raisonnement similaire pourrait être fait à propos de la zone Euro. Sachant que la vision de l'intérêt peut changer en fonction des circonstances et de la conjoncture, l'actualité récente peut donner une nouvelle de pertinence à la notion de solidarité.

B. Quand le paradigme de la solidarité, donne une réalité au principe de « Commune humanité »

Des questions comme celles de l'environnement, du droit des étrangers ou celles de l'Internet commencent à bousculer les catégories juridiques du droit des espaces qui jusqu'à une période récente étaient restées strictement territorialisées, car incluses dans l'espace de souveraineté. Aujourd'hui, ce n'est plus sur une logique de puissance, mais plutôt sur la notion de solidarité planétaire fondée sur l'interdépendance que se fondent ces nouvelles problématiques qui donnent lieu à l'émergence certes encore timide d'un nouveau référentiel normatif.

Le défi de ce droit des espaces désormais solidaires et interdépendants, bouscule les repères de la pensée juridique qui doit lentement accepter d'opérer plusieurs décentrement : un décentrement territorial, un décentrement temporel, un décentrement des frontières entre espaces privés et espaces publics, un décentrement matériel pour intégrer le virtuel. Ce changement paradigmatique affecte toutes les catégories du droit des espaces qu'il s'agisse du droit de l'espace privé ou du droit de l'espace public, du droit de l'espace national ou du droit de l'espace international.

Ce qui se joue dans la manière d'appréhender le droit des espaces qui échappent à la stricte souveraineté territorialisée des États, c'est une manière nouvelle de vivre le pluralisme juridique¹⁷ en l'inscrivant dans un nouveau système de gouvernance mondiale encore lente à émerger. Le droit des espaces ancré dans l'idée de solidarité doit permettre de servir la commune humanité, en forgeant une communauté de destin *via* Internet, un principe d'hospitalité sans frontière dans un nouveau droit des étrangers à

¹⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Critique de l'intégration normative*, *op. cit.*

inventer, et une vision de l'environnement qui serait considérée comme un patrimoine mondial de l'humanité.

Ces droits en gestation peuvent être considérés le prototype d'une nouvelle vision d'un droit des espaces en train de se construire. Le droit de l'environnement et du développement durable convergent sur la notion de biens communs de l'humanité, expression d'une solidarité qui dépasse le cadre de la souveraineté¹⁸. Ils partagent une même vision de la planète, instaurent un nouveau rapport aux choses, fondés non plus sur la logique d'intérêt et du temps court, mais sur celle d'une solidarité spatiale car désormais planétaire et temporelle car orientée vers les générations futures¹⁹.

Conclusion : Une épistémologie et une éthique juridique pour un espace du droit mondial encore à construire

Beaucoup de travail reste encore à accomplir pour surmonter ce grand désordre normatif qui bouscule aujourd'hui les espaces du droit et le droit des espaces, et d'intégrer dans la réflexion, la vision de la complexité, signe de la postmodernité²⁰. Il faudra sans doute encore beaucoup d'imagination et de détermination pour trouver de nouvelles combinaisons entre les espaces du droit et le droit des espaces. Ce droit des espaces à renégocier suppose une pensée de la « reliance » et non de la séparation²¹, l'enjeu étant de lutter contre les forces de repli sur un espace de droit stato-centré, souverainiste et protectionniste, pour promouvoir un droit cosmopolite. La vision d'un droit pluraliste, mondialisé, est le signe d'une communauté de destin encore à construire.

L'espace du droit et le droit des espaces, « comme d'étranges parfums se répondent », à nous de faire de cette composition, une poésie, sous la forme d'une nouvelle utopie.

¹⁸ TOUFFUT (J.-P.) (Dir.), *L'avancée des biens publics. Politique de l'intérêt général et mondialisation*, Paris, Albin Michel, Coll. « Bibliothèque de l'économie », 2006.

¹⁹ ATTARD (J.), « Le fondement solidariste du droit du concept "environnement – patrimoine commun" », *Revue juridique de l'environnement*, 2003, p. 161.

²⁰ TOURAINÉ (A.), *Un nouveau paradigme pour comprendre le monde d'aujourd'hui*, Paris, Fayard, 2005.

²¹ MORIN (E.), *La Méthode : Tome 6, Ethique*, Paris, Seuil, 2004.

**LE DROIT, CONSTRUCTION
D'UN ESPACE COMMUN ?**

L'INTÉRÊT PRIVÉ DANS LA DÉFINITION DE L'ESPACE COMMUN. L'EXEMPLE DES GRANDS STADES

Vincent THIBAUD, Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Lyon 2

Il convient d'avouer d'emblée que la notion « d'espace » apparaît comme une notion difficile à appréhender pour le droit et la science juridique. Dans le langage des juristes, force est de constater que la notion d'espace est employée de façon indifférente avec celle de « territoire ». Une tradition positiviste¹ amène généralement à considérer que « le terme de "territoire" est utilisé pour désigner l'assise spatiale sur laquelle une autorité dispose de compétences particulières »².

Le juriste doit reconnaître que la notion d'espace ne relève pas d'une connaissance spécifiquement juridique. Celle-ci doit être plutôt recherchée dans un vocabulaire propre aux sciences humaines et sociales. En particulier, une définition contemporaine de la géographie renvoie à l'idée d'une « science qui identifie les lois de l'organisation de l'espace ». Dans ce champ de savoirs, le passage du paradigme du sol à celui de l'espace semble s'être imposé pour porter le projet d'une géographie comme science humaine, pour une part de ses centres d'intérêt en tout cas, autour notamment de *l'espace vécu* par les acteurs.

Envisageons ces questions de façon plus globale : que pourrait bien signifier un paradigme de l'espace dans la connaissance de la société humaine, niveau de discours dont relève la science du droit ? Il s'agirait d'accepter un projet épistémologique admettant l'espace « en tant que composante multidimensionnelle de la société », ou, en d'autres termes, dans l'idée que « toute société s'organise dans l'articulation de dimensions, notamment

¹ Voir, par exemple : CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Sirey, 1920, rééd. Dalloz, 2003, p. 3 (« L'État a essentiellement besoin d'avoir un territoire à soi, parce que telle est la condition même de toute puissance étatique »); surtout : KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. EISENMANN, rééd. Bruylant – L.G.D.J., 1999, pp. 283-284 (« l'existence de l'État dans l'espace est le domaine de validité spatial de l'ordre juridique étatique »).

² POIRAT (F.), « Territoire », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1474.

l'économique, la sociologique, la politique, la spatiale, la temporelle »³... *la juridique* ?

Pour ce qui est de la réflexion juridique, la notion d'espace commun impose de devoir définir les contours d'une sphère artificielle et d'ordre conceptuel dans laquelle va s'appliquer le droit (ou un ensemble de normes de régulation sociale reconnues comme spécifiquement juridiques) en vue de résoudre justement un problème de droit.

Le raisonnement tente de procéder de façon stipulative afin de dégager un cadre discursif permettant de réfléchir à un ou des concepts acceptables en droit permettant de trancher des conflits susceptibles de trouver une dimension juridique.

Pour reprendre les débats épistémologiques précédents, il paraît donc intéressant que l'espace envisagé soit défini d'une part par le problème lui-même – la construction et l'implantation d'un « grand stade » – et, d'autre part, que ce cadre puisse renvoyer à un *espace vécu* par les acteurs susceptibles de concevoir la création de l'équipement comme un problème en lien avec ledit espace, qu'ils en aient une vision globale (une ambition pourrait-on dire) ou qu'ils en subissent les contraintes par rapport à une sphère plus individuelle (par le biais d'impôts, de taxes ou autres servitudes administratives).

En l'espèce, l'espace considéré sera « l'agglomération urbaine », et plus précisément l'agglomération lyonnaise. L'« agglomération » n'est plus une notion hermétique au langage juridique. En effet, les lois Voynet et Chevènement des 25 juin et 12 juillet 1999 ont grandement contribué à régénérer la « définition juridique » de l'agglomération urbaine. « Cette définition est à la fois géographique et humaine, et fait appel à un vocabulaire non reçu classiquement par les juristes. Elle se fonde sur les concepts de projet, de logique de développement et non plus de circonscription administrative ou de collectivité territoriale »⁴.

Par ces textes, le législateur a fait entrer dans le langage du droit positif des notions développées dans les études de l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques⁵ pour lequel « une aire urbaine est un ensemble de communes, d'un seul tenant et sans enclave, constitué par un pôle urbain », soit une « unité

³ LÉVY (J.), LUSSAULT (M.), « Espace », in *ID.* (Dir.), *Dictionnaire de la géographie*, Paris, Belin, 2003, p. 326 & p. 330.

⁴ MULLER-QUOY (I.), « Le renouveau de la notion juridique d'agglomération », *AJDA*, 2000, pp. 197 et s. (source : Base « Dalloz.fr »).

⁵ Voir www.insee.fr, « Définitions et méthodes ».

urbaine » répondant à certains seuils de population, de niveaux d'emplois et d'activités. Ce qui sous-tend à l'ensemble de ces éléments géographiques et statistiques, c'est la continuité (du bâti par exemple) et une certaine cohérence socio-économique.

Il apparaît assez clairement que, sur ces bases, s'est développée dans le droit de l'organisation territoriale l'intercommunalité dite de « projet », dans la logique des principes définis par la loi n° 92-125 du 6 février 1992, qui figurent notamment à l'article L. 5210-1 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) selon lequel « le progrès de la coopération intercommunale se fonde » sur l'élaboration de « projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité ». D'ailleurs, il a été bien explicité lors de l'adoption de la loi Chevènement que la communauté d'agglomération constituait « un espace de solidarité, en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire »⁶, tout comme les « communautés urbaines »⁷ dont le statut a été modifié par cette loi du 12 juillet 1999.

Il importe de préciser en effet que l'agglomération lyonnaise est une « communauté urbaine », entrant dans une catégorie d'EPCI créée par une loi ancienne du 31 décembre 1966⁸. Le Grand Lyon n'a eu aucune difficulté pour s'aligner sur le nouveau régime promu par la loi de 1999 et porter ainsi un intérêt communautaire renforcé, censé être représenté par un projet « commun » en constante construction – « aménagement de l'espace communautaire » selon les termes mêmes du CGCT.

Il semble bien que, par le cadre juridique de la communauté urbaine, l'espace envisagé trouve un cadre discursif intéressant et opérationnel pour construire la mobilisation d'un certain nombre d'acteurs autour d'un paradigme de l'espace commun qui s'impose comme un paradigme économique, ce qui ne va pas, en retour, sans susciter un certain embarras dans la sphère juridique matérielle (dans le langage du droit et le discours des juristes).

De façon large et du point de vue de l'activité des acteurs, le caractère économique de l'espace commun comporte une dimension organisationnelle ainsi qu'une dimension matérielle qui se repercutent dans le discours juridique par une interrogation à la

⁶ Article L. 5216-1 du CGCT.

⁷ Article L. 5215-1 du CGCT.

⁸ Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines, *JORF*, 04 janvier 1967, p. 99.

fois au niveau de l'économie du droit (du point de vue donc de « l'espace du droit ») et d'un droit de l'activité économique dans l'espace considéré.

Ainsi, la difficulté du droit par rapport à l'espace commun provient d'un écart entre la capacité organisationnelle de l'outil juridique (I.) et la matérialité de certains concepts dans la résolution juridictionnelle de conflits d'intérêts (II.) autour de projets présentés d'intérêt communautaire par les acteurs intéressés, publics et privés.

I. Le projet d'espace commun (d'agglomération) et la construction du grand stade

La construction ou la rénovation des stades, et plus globalement de grands équipements, semblent désormais s'envisager en France sous le sceau du « partenariat » entre la sphère publique et la sphère privée qui apparaît, au-delà d'une catégorie particulière de contrats de commande publique, comme une forme contemporaine de « politique publique »⁹.

Le Rapport de la Commission « Grands Stades EURO 2016 », mise en place en 2008 par le Secrétariat d'État aux Sports et présidée par M. Philippe SÉGUIN, se présente comme le fer de lance, concernant plus particulièrement la construction de nouveaux grands stades, d'un « nouveau partage des responsabilités entre les acteurs publics (les collectivités territoriales et l'État) et les acteurs privés (clubs, partenaires commerciaux, constructeurs) [devant] conduire les premiers à se concentrer sur le choix d'un site compatible avec l'économie générale du projet, la mise à disposition du foncier et surtout le financement et la réalisation des infrastructures d'accès, la construction, l'exploitation et la propriété de l'enceinte relevant de l'initiative privée »¹⁰.

C'est exactement dans ce schéma que s'envisage le projet « OL Land » dans l'agglomération lyonnaise. Dans la conception et la promotion dudit projet par le Grand Lyon (personne publique), la

⁹ Sur l'idée d'une « "idéologie" partenariale », cf. GAUDEMET (Y.), « Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général », *D.*, n° 44, 2007, p. 3085.

¹⁰ SÉGUIN (P.), *Grands Stades – Rapport de la Commission Euro 2016*, novembre 2008, p. 60 ; www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000725.

propriété privée du stade apparaît comme un problème (A.) que la communication publique tente de surmonter dans le cadre juridique actuel des normes d'urbanisme lié à la révision du plan local d'urbanisme (B.).

A. Le problème du grand stade, propriété privée

Le problème de la construction d'un « grand » stade en France se heurte à ce qui relève autant d'un principe d'ordre culturel, que du constat objectif d'une réalité juridique : le stade en France est une propriété publique, le plus souvent des communes et de leurs groupements¹¹. « Les installations sportives françaises sont, dans la plupart des cas, construites, entretenues ou subventionnées par des fonds publics. L'idée prévaut en effet que leur impact social et économique légitime cette mobilisation des collectivités publiques (création d'emplois, consolidation du lien social, dynamisation de l'activité économique et contribution au rayonnement de la ville ou de l'agglomération), ce qui explique l'attachement de nombreux élus à la propriété communale du stade, enjeu politique local majeur »¹².

Plus encore, prédomine en France l'idée de gestion publique des stades. L'idée de gestion privée, soit une « influence réelle sur l'amélioration [du] patrimoine “stade” », ne semble pouvoir être envisagée que pour quatre clubs de football professionnel¹³. D'une façon générale, ces exemples ne trahissent pas le principe selon lequel les stades font partie du domaine public¹⁴.

¹¹ Seul le Stade de France, situé à Saint-Denis (93), est une propriété de l'État.

¹² BESSON (É.), *Accroître la compétitivité du football français*, Rapport, novembre 2008, pp. 92-93.

¹³ A ce jour, l'AJ Auxerre est le seul club véritablement propriétaire de son stade. Le RC Lens est quant à lui titulaire depuis 2003 d'un bail emphytéotique administratif avec constitution de droits réels sous le régime de la loi Galland n° 88-13 du 5 janvier 1988 (Loi d'amélioration de la décentralisation, *JORF*, 6 janvier 1988, p. 208). Enfin, le Paris SG et le FC Nantes bénéficient, sous des régimes légèrement différents (affermage via une filiale pour le Paris SG), d'une délégation de service public.

¹⁴ Depuis CE, 13 juillet 1961, *Ville de Toulouse, Leb.* p. 513 ; renforcement de ce principe : CE Sect22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport, Leb.* p. 576 (mission des fédérations nationales liée à l'organisation des « compétitions nationales et régionales » reconnue comme « l'exécution d'un service public administratif ») ; voir aussi les dispositions du Code du sport relatives aux « fédérations sportives et ligues professionnelles » (articles L. 131-1 à L. 132-2) et issues de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984

Dans la logique de modernisation actuelle des grandes enceintes sportives, en particulier dans le monde du football, la question de la propriété s'impose comme un enjeu majeur, notamment du fait des prérogatives liées à la qualité de propriétaire, à la fois dans la maîtrise du processus de rénovation ou de construction, et plus encore, dans la capacité de pouvoir avoir la pleine maîtrise de l'exploitation de la structure et des bénéficiaires qui peuvent en être tirés.

Surtout, dans l'absolu, la propriété publique apparaît comme un facteur de lourdeur et un frein à un développement dont la nécessité revêt pour les acteurs concernés un caractère relativement urgent. Ainsi, les « propositions [des rapports BESSON et SÉGUIN] reposent sur le constat que le football professionnel français serait peu compétitif sportivement parce que moins riche que ses homologues européens, eu égard au faible niveau de ressources générées par des stades anciens et appartenant aux collectivités. *A contrario*, dans les autres grandes ligues européennes, l'appropriation des stades par les clubs contribuerait à la compétitivité économique et sportive de ces derniers »¹⁵.

Le projet « OL Land » concernant l'agglomération lyonnaise est un projet de propriété privée, né d'une part du refus de l'hypothèse de l'agrandissement du stade municipal de Gerland¹⁶ qu'occupe actuellement le club lyonnais et, d'autre part, d'un besoin d'actifs propres en lien avec les activités boursières¹⁷ du groupe dont fait partie la Société Anonyme Sportive Professionnelle « Olympique Lyonnais ». Au cœur du projet prévu sur la commune de Décines-Charpieu se situe l'édification d'un stade d'une capacité de 60000 places que le club, eu égard à la culture juridico-politique précédemment décrite liée aux grandes infrastructures sportives,

relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives (*JORF*, 17 juillet 1984, p. 2288).

¹⁵ FENOYL (E. de), « Grands stades, compétitivité et intérêt général », *AJDA*, 2009, p. 393.

¹⁶ Les motifs fréquemment invoqués concernent la situation du monument en lui-même (classé « monument historique ») et la situation du site de Gerland (zone « SEVESO » de risques industriels). En outre, le stade de Gerland est devenu une source d'insécurité juridique et de contentieux autour du montant de la redevance « pour occupation privative d'une dépendance domaniale », cf. *nota*. CAA Lyon, 12 juillet 2007, *Ville de Lyon*, n° 06LY02105, concl. BESLE (« Quel est le juste prix de l'utilisation par l'OL du stade municipal de Gerland ? », *AJDA*, 2007, p. 2314). Sur ce sujet, voir FENOYL (E. de), « Grands stades sportifs : le financement à l'épreuve du droit », *RJES*, n° 87, 2008, p. 14.

¹⁷ Voir les articles L. 122-2 et L. 122-8 du Code du sport.

s'oblige à présenter comme « un investissement d'intérêt général de nature publique qui est financé par le privé »¹⁸.

Il apparaît donc que l'argument de la propriété privée doit s'inscrire dans une rhétorique de dépassement de l'intérêt privé, mais orientée sur l'enceinte elle-même, « grand équipement sportif "métropolitain" »¹⁹. Mais ceci s'avère avant tout du ressort de la « Communauté » urbaine, en capacité de maîtriser l'implantation du stade.

B. Les normes d'urbanisme et la logique de projet commun

La réflexion sur la dimension juridique de l'espace commun, si elle est possible, s'avère être une réflexion de type post-moderniste, qui n'émerge pas de la seule pensée sur l'objet juridique mais qui s'attache à observer aussi la réalité normative de l'instrument juridique par rapport à un problème donné.

Le droit fait de l'espace commun un espace discursif, « public et communicationnel » pour reprendre un vocabulaire habermassien. Des travaux de sociologie urbaine semblent assez éclairants de ce point de vue, sur « l'actuel statut du droit dans les contextes métropolitains. Même s'il reste pour une part l'expression d'un ordre public supérieur, le droit (...) devient un outil dans les mains des acteurs pour construire de l'ordre en situation »²⁰. Pour le problème du grand stade qui nous intéresse particulièrement dans l'agglomération lyonnaise par exemple, il s'avère que le droit de l'urbanisme et l'agencement des différents documents d'urbanisme permettent l'émergence d'assez efficaces outils de « communication » et de « marketing urbain » à destination du « projet urbain » et du « sens » de celui-ci « à travers un discours englobant (...) et de la constitution d'une image »²¹ de l'espace commun. Dans le cadre de la révision du

¹⁸ OLYMPIQUE LYONNAIS, « OL Land. 20 questions que vous vous posez sur le projet... », 08/07/2008 http://ol-land.olympiquelyonnais.com/presse/OL_LAND_20Q.pdf.

¹⁹ GRAND LYON, Délibération n° 2009-880, 06/07/2009, voir annexe « Dossier d'arrêt de projet et de mise à l'enquête publique », Révision PLU (commune de Décines-Charpieu), n° 1, 2009, p. 3. www.grandlyon.com/delibs/pdf/ConseildeCommunaute/2009/07/06/ANNEXE/2009-0880.pdf.

²⁰ BOURDIN (A.), *La métropole des individus*, Paris, Éd. L'aube (diff. Seuil), 2005, pp. 227-228.

²¹ *Ibid.*, p. 167.

PLU²² sur la commune de Décines, il est fait insistance sur un « objectif » de développement (ou autres « ambitions de croissance ») d'un « modèle urbain durable fondé sur le renouvellement de la ville et une présence forte de la nature, avec une exigence très prononcée de qualité, et sur la réalisation d'une offre de transports collectifs efficaces et performants »²³.

Il faut bien reconnaître que c'est l'économie des normes d'urbanisme qui impose cette démarche globalisante aux acteurs publics. D'abord, le PLU apparaît à la fois comme un outil technique et prospectif. Il comporte notamment, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 123-1 du Code de l'urbanisme, « un projet d'aménagement et de développement durable qui définit les orientations générales d'aménagement et d'urbanisme retenues pour » l'agglomération concernée. En outre, le même article impose que le PLU doit être « compatible²⁴ avec les dispositions du schéma de cohérence territoriale (...) ainsi que du plan de déplacements urbains », sachant également que le dernier alinéa de l'article L. 122-1 du même code énonce que le PDU doit être compatible avec le SCOT.

Pour le moment, il n'y a pas de SCOT couvrant l'agglomération lyonnaise, selon le régime inséré par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000²⁵. En revanche, un Schéma directeur²⁶ est opposable aux autorités du Grand Lyon, dont la version actuelle date de 1992. Ce schéma bénéficie de l'autorité prévue pour le SCOT en vertu d'un régime transitoire²⁷ de « dix ans après la publication de la loi [SRU] » précitée.

Ainsi, les documents mis à l'enquête publique doivent rendre compte de cette démarche de projet à laquelle le droit oppose un cadre de contraintes relativement précis et qui se doit presque d'être « compatible » audit cadre si elle veut mobiliser le plus

²² Art. L. 123-13, al. 1 et L. 123-18 (compétence d'un EPCI en la matière) du Code de l'urbanisme.

²³ GRAND LYON, « Dossier d'arrêt de projet et de mise à l'enquête publique », Révision PLU (commune de Décines-Charpieu), n° 1, 2009, p. 2.

²⁴ Sur la distinction conformité/compatibilité en la matière, cf. JACQUOT (H.), PRIET (F.), *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 6^e éd., 2008, pp. 220-222.

²⁵ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JORF*, n° 289, 14 décembre 2000, p. 19777.

²⁶ Art. 41 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État, *JORF*, n° 7, 9 janvier 1983, p. 215.

²⁷ Art. L. 122-18, al. 2 du Code de l'urbanisme.

grand nombre d'acteurs (jusqu'aux citoyens prêts à subir des servitudes liées au projet). La démarche est argumentative, anticipant éventuellement sur un débat contentieux.

II. La définition de l'espace commun d'un point de vue contentieux : l'émergence d'un concept d'intérêt économique

Il est inscrit désormais dans la loi le principe selon lequel les grands stades, « ainsi que les équipements connexes permettant le fonctionnement de ces enceintes, sont déclarés d'intérêt général, quelle que soit la propriété privée ou publique de ces installations »²⁸ ; ce qui devrait normalement faciliter le financement et la réalisation par des acteurs publics (pour l'agglomération lyonnaise, Grand Lyon et SYTRAL) de la voirie ou des lignes de transports en commun nécessaires à la desserte et à l'accès du public à un stade privé (OL Land).

La discussion se situe ici à un niveau contentieux, suivant une problématique classique de conciliation des intérêts publics et privés dans la délimitation du « général », du « commun ». Le sens des normes liées à l'aménagement de l'espace considéré dans le raisonnement peut être discuté lors de différents processus : de l'inscription du « projet d'intérêt général » dans le PLU à la « déclaration d'utilité publique » d'une opération d'acquisition foncière en vue de réaliser les « équipements connexes permettant le fonctionnement » d'un stade.

En la matière, la jurisprudence administrative gravite autour d'une logique *in concreto* et liée au développement de la théorie dite du bilan²⁹ qui ne connaît pas la notion d'intérêt économique (A.), alors qu'un concept issu du droit communautaire impose de réfléchir en ces termes (B.).

²⁸ Art. 28 de la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques, *JORF*, n° 169, 24 juillet 2009, p. 12352.

²⁹ Émergence de la théorie en matière de DUP, suite à l'arrêt CE Ass., 28 mai 1971, « *Ville nouvelle Est* », *Leb.* p. 409 ; voir aussi CE Sect., 30 octobre 1992, *Ministre des affaires étrangères et Secrétaire d'État aux grands travaux c. Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, *Leb.* p. 384 (mise en demeure d'une ville par un préfet de faire figurer un projet d'intérêt général dans le plan d'occupation des sols).

A. Un concept absent de la jurisprudence administrative

Le raisonnement, notamment tenu dans l'affaire « *Ville nouvelle Est* », semble pourtant relever d'une logique économique. Le commissaire du gouvernement BRAIBANT³⁰ estime ainsi que dans « notre régime économique et social », les « opérations d'urbanisme » n'opposent plus « seulement d'un côté (...) l'intérêt général et de l'autre la propriété privée ». La DUP peut avoir « pour conséquence (...) de préparer la voie à des constructions privées et fortement lucratives ». Pour M. BRAIBANT, si « la création de la ville va profiter à des promoteurs privés », c'est « la conséquence nécessaire d'un système » qui ne peut constituer pour la puissance publique un « détournement de pouvoir ». En revanche, le contrôle de la légalité interne de la décision appelle une mise en balance des inconvénients et des avantages de l'opération, « son coût avec son rendement, ou comme diraient les économistes, sa désutilité avec son utilité ». Finalement, ce sont « les atteintes à la propriété privée, le coût financier » et « les inconvénients d'ordre social » qui ressortiront dans le considérant de principe.

La notion d'« économie régionale » apparaît dans un arrêt où le Conseil d'État rattache à « l'intérêt général (...) » à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important »³¹ dans ladite économie, à propos de la DUP portant sur la déviation d'un tronçon de route nationale.

Il est important de souligner que l'économie ne constitue pas un critère juridique autonome, mais revêt un caractère explicatif de la figure de proportionnalité adoptée par le juge dans sa définition de l'intérêt général, non exclusif de l'intérêt privé. Le juge administratif se refuse donc à développer un nouveau concept transcendant d'intérêt économique qui semble plus adapté à la réalité de certaines opérations d'aménagement menée sous le sceau de l'utilité publique et dont cette qualité ne peut s'expliquer qu'« à la lumière du seul critère économique »³² et financier. La question

³⁰ Concl. sur CE Ass., 28 mai 1971, préc. ; publ. *AJDA*, 1971, part. p. 465 et p. 466.

³¹ CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, *Leb.* p. 561.

³² LAMORLETTE (B.), « Vers un véritable contrôle de l'utilité publique des grands projets d'aménagement ? », *Gaz. Pal.*, 28 février 1998, p. 262.

avait resurgi concernant l'implantation et l'aménagement d'équipements d'accessibilité de grands parcs de loisirs³³.

Dès les années 1970, « une partie de la doctrine se demande s'il ne faut pas tenir compte d'un intérêt nouveau, différent de l'intérêt général et de l'intérêt privé et en même temps n'excluant ni l'un ni l'autre et qui serait l'intérêt économique »³⁴. La question actuelle des grands stades, et en particulier des stades privés, renouvelle ce débat, désormais européen.

B. Un concept du droit communautaire : « l'intérêt économique général »

En matière de stades, l'intervention de la loi nationale ne résoudra pas tous les problèmes juridiques liés aux financements publics des équipements connexes à des installations privées (schéma lyonnais). Le « problème [restant et majeur] auquel sont confrontés les collectivités et les clubs sportifs dans les projets de réalisation des grands stades est celui du régime communautaire des aides d'État »³⁵.

Le sport professionnel, en particulier le football³⁶, entre dans le champ d'application de l'article 87, § du Traité instituant la Communauté européenne. Par certaines activités³⁷, le football professionnel est un marché de concurrence et de libre échange au sens du droit communautaire et la subvention publique ne peut concerner que d'autres activités ne pouvant relever du marché commun (essentiellement concernant les centres de formation, ce qui a été d'ailleurs répercuté en droit français³⁸). La Commission européenne semble d'ores-et-déjà avoir rendu un avis négatif quant aux aides relatives au financement des stades ayant le caractère

³³ Cf. CE, 21 juillet 1989, *Assoc. de défense c. Astérix-Land, Leb.* p. 727 ; CE, 23 mars 1992, *M. Martin et Assoc. nationale des citoyens contre le développement d'Euro Disneyland* (plusieurs arrêts), réf. 87600 et 87601.

³⁴ HOMONT (A.), « Observations [sur CE, 20 juillet/1971, *Ville de Sochaux*] », *AJDA*, 1972, p. 229.

³⁵ FENOYL (E. de), « Grands stades sportifs : le financement à l'épreuve du droit », *op. cit.*, p. 15 et s.

³⁶ CJCE, 15 décembre 1995, *BOSMAN*, C-415/93, *Rec.* I-4921.

³⁷ Le commissaire M. MONTI énumérait ainsi « le transfert de joueurs, la conclusion de contrats publicitaires (...) et la distribution d'articles de merchandising », cf. « Réponse [à] question écrite E-0537/03 », *JOUE*, n° C 280 E, 21/11/2003, p. 65.

³⁸ Voir art. R. 113-2 du Code du sport.

d'actifs privés³⁹, même s'il est difficile de faire une analyse globale à partir de ce seul cas⁴⁰.

Le droit communautaire pourrait pourtant comporter un levier, par le biais de la notion de « service d'intérêt économique général » qui figure actuellement à l'article 86, § 2 du TCE. Cette notion n'exclut pas en principe les entreprises chargées de telles activités du champ de l'article 87 du Traité, « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

L'accès et l'accueil du public dans les enceintes de sport-spectacle professionnel pourrait constituer une telle mission. Les institutions communautaires ne paraissent *a priori* pas insensibles à la spécificité du sport professionnel, à sa « dimension éducative », son « rôle social, culturel et récréatif »⁴¹... Pour le Parlement européen, le football « représente un instrument efficace pour l'inclusion sociale et le dialogue multiculturel, et [...] doit jouer un rôle actif pour combattre la discrimination, l'intolérance, le racisme et la violence » ! À ce titre et par extension, « le football professionnel a une dimension économique et une dimension non économique »⁴².

Il y aurait là les bases d'une distinction qui « pourrait s'opérer entre les activités économiques susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires [et] des activités contribuant au rôle sociétal du sport »⁴³. Cette dernière catégorie devrait alors pouvoir bénéficier d'aides publiques, en ayant pour objet de permettre de maintenir des tarifs accessibles pour une partie des places dans des enceintes privées, en dégageant par exemple de l'investissement global des clubs (sociétés anonymes) le financement des infrastructures d'accès.

Mais, est-ce vraiment l'objectif principal des projets actuels en France (Lyon, Lille, Nice, Marseille, Strasbourg, Saint-Étienne...) de rénovation et de construction de grands stades ? La volonté affichée apparaît plutôt celle de remporter l'organisation du

³⁹ Comm. Eur., Décision n° 2006/743/CE, dite « AZ Alkmaar », *JOUE*, L 307, 07/11/2006, p. 194.

⁴⁰ Voir FENOYL (E. de), « Grands stades sportifs : le financement à l'épreuve du droit », *op. cit.*, pp. 18-20.

⁴¹ Comm. Eur., *Livre blanc sur le sport*, COM(2007) 391 final, 11/07/2007, p. 3.

⁴² Résolution (non législative) n° 2006/2130 (INI), 29/03/2007, sur l'avenir du football professionnel en Europe.

⁴³ FENOYL (E. de), « Grands stades sportifs : le financement à l'épreuve du droit », *op. cit.*, p. 23.

Championnat d'Europe des Nations de football en 2016 face aux dossiers d'autres pays comme l'Italie et d'autre part, de renforcer, avec l'appui de la puissance publique, les moyens économiques des clubs français dans les compétitions européennes face aux clubs espagnols, anglais, italiens, allemands...

Si le « commun » permettant d'articuler les intérêts privés et publics doit s'apprécier au niveau européen, la loi française déclarant d'intérêt général les enceintes sportives, publiques ou privées, destinées à l'organisation de compétitions internationales et professionnelles, semble avoir manqué l'occasion d'insérer dans le droit interne le concept d'intérêt économique pour véritablement marquer une nouvelle approche (voire un nouvel équilibre) dans l'articulation de l'intérêt public et de l'intérêt privé indispensable à la réalisation de grandes infrastructures nécessitant de lourds investissements.

Cependant, n'y aurait-il que l'économique pour transcender l'intérêt public et privé et fonder le commun ? À ce stade, chacun est renvoyé à son espace philosophique mais tel semble être le paradigme de l'espace commun dans sa dimension juridique.

JUSTICE ET ARCHITECTURE : LA RELATION ENTRE ACCÈS AU DROIT ET ARCHITECTURE JUDICIAIRE

Eliana Patrícia BRANCO, Chercheure au *Centro de Estudos
Sociais*, Université de Coimbra (Portugal)

1. Quelques mots pour commencer...

Parler du droit d'accès au droit et à la justice est fondamental. Peut-être aujourd'hui plus que jamais. Quand on parle d'une crise de la justice ou de nouveaux paradigmes qui émergent, il est nécessaire de s'interroger sur ce que ce droit peut signifier. Ou, peut-être d'une autre façon, il faut qu'on s'interroge pour savoir quels types d'obstacles sont encore capables de bloquer l'accès des citoyens à leur droit d'accès au droit. Bien sûr, le premier type d'obstacles, lequel est généralement prévu par les normes juridiques, est un obstacle de nature économique. Nonobstant cela, les obstacles de nature sociale et culturelle peuvent aussi, d'une façon aiguë, limiter le droit d'accès au droit et à la justice. Parmi ces obstacles, nous nous focaliserons sur l'architecture judiciaire comme constructrice d'espaces et d'identités dans la vie quotidienne de tous.

2. Architecture et droit : une relation complice de communication

C'est à travers l'architecture qu'on construit et qu'on transforme les espaces. En ce sens, l'architecture peut être considérée, ainsi que l'affirme Pierre CAYE, comme « art de l'espacement »¹. L'architecture consiste en effet à organiser concrètement l'espace en le scindant ou l'augmentant par l'érection de murs et, d'une manière générale, la construction d'édifices. Au-delà de la structuration physique de l'espace, les bâtiments réalisés contribuent simultanément à modeler les représentations mentales de l'espace (qu'il s'agisse de l'espace désiré ou imaginé), devenant ainsi des points où se rencontrent et se confrontent les différentes conceptions de l'espace (réel, imaginé ou désiré). L'espace ordonné peut alors revêtir différents sens et significations en fonction de ce que l'architecte ou le *designer* ont entrepris.

¹ CAYE (P.), « Droit et architecture, savoirs de la différence, arts de la distance », 2008, in <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/caye.htm> (accès Juillet 2008).

L'architecture porte ainsi en elle un discours fait de symboles, de signes et de messages qui, s'ils donnent sens à l'espace, ne sont toutefois pas toujours immédiatement saisissables pour le non-initié. L'architecture est en effet un langage sophistiqué.

Le droit peut lui aussi être conçu comme un mode de communication². On le comprend alors comme une superstructure – ou un espace commun – de régulation des conduites humaines dans leurs multiples interactions. Le droit a alors autant d'intérêt en tant que message qu'en tant que messenger. S'il informe chacun sur ses droits et responsabilités (message de la collectivité à ses membres), il lui est dans le même temps indispensable d'être diffusé. La communication du droit est en effet une condition importante tant de son effectivité que de sa légitimité³.

L'architecture et le droit peuvent dès lors être rapprochés, en ce que les deux disciplines proposent une compréhension du monde basée sur des symboles et des signes, permettant à l'Homme de modeler le monde qui l'entoure et de lui donner sens (conformément à la conception de l'homme en tant qu'animal métaphysique se mouvant dans un univers de signes défendue par Alain SUPIOT⁴).

3. L'accès au droit et à la justice ?

Que cette expression signifie-t-elle et qu'implique-t-elle ? Ce droit fondamental, consacré dans plusieurs traités ou Déclarations internationales, comme la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme⁵ ou la Convention Européenne des droits de l'Homme⁶, ou dans les constitutions nationales (par ex., l'article 20 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976), est encore difficile à définir. Pour Jacques FAGET, l'accès au droit et à la justice signifie, symboliquement, la conquête de la citoyenneté, l'accès au statut de sujet de droit ; ce que permet l'instrumentalisation du droit en tant que capacité d'agir offensivement ("*mettre en œuvre un droit*"), comme défensivement ("*faire respecter son droit*"). En

² VAN HOECKE (M.), *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

³ CARTIER (E.), « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctoria. Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique*, Université Paris I, 2008.

⁴ SUPIOT (A.), *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, Coll. « La couleur des idées », 2005.

⁵ Voir l'article 10.

⁶ Voir l'article 6.

termes plus stricts, cela signifie la capacité d'accès à l'information juridique⁷.

Cependant, on doit distinguer entre un accès matériel (économique) et un accès intellectuel⁸ (ceci peut se subdiviser en accès psychologique et même corporel), car c'est le premier qui est le plus souvent garanti par le système judiciaire, notamment avec l'aide juridictionnelle (régulée en France par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991⁹, ou au Portugal par la Loi 47/2007, du 28 août 2007¹⁰, qui a introduit des modifications au système en vigueur).

Mais le second – l'accès intellectuel – implique un accès qualitatif à la rationalité d'un droit souvent incompréhensible, tant par sa prolifération que par ses changements de nature. Le droit est vu comme quelque chose d'abstrait, comme s'il ne faisait pas partie de la vie quotidienne de tous. Aujourd'hui, en outre, on peut penser à un droit et à une justice envahis par différents soucis, comme ceux de l'efficacité, de la rationalité managériale et budgétaire, de la technologie, de la réforme de la carte judiciaire, du pluralisme juridique, ou de la mondialisation, parmi tant d'autres¹¹.

En fait, on peut dire que le droit se compose d'un discours fait de lignes visibles et invisibles, de lignes radicales¹² comme les appelle Boaventura SOUSA SANTOS, qui divisent la réalité en deux champs : si, d'un côté, les normes légales sont la face visible du droit, de l'autre côté, les sens qu'elles abritent sont pleins de significations invisibles ; pour l'amateur, la musique du droit est relativement harmonieuse, mais pour ceux qui ne comprennent pas son discours, la barrière du son se dresse, la musique devenant un charivari équivalent au silence.

⁷ FAGET (J.), « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Revue Droit & Société*, n° 30/31, 1995, pp. 367-378.

⁸ LEDUC (F.) (Dir.), *L'Accès au Droit*, Tours, Université François Rabelais, 2002, p. 15.

⁹ *JORF*, n°162, 13 juillet 1991, p. 9170.

¹⁰ *Diário da República*, 1^{ère} série — n° 165 — 28 Août de 2007, pp. 5793 et suivantes.

¹¹ Voir, par exemple, ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, L.G.D.J., 2004 ; VIGOUR (C.), « Les recompositions de l'institution judiciaire », in COMMAILLE (J.), MARTINE (K.), *La fonction politique de la justice*, Paris, P.U.F., 2007 ; PEDROSO (J.), TRINCÃO (C.), DIAS (J.-P.), *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

¹² SOUSA SANTOS (B.), « Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes », in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n° 78, 2007.

Au palais de justice, la structure architecturale et les rituels érigent les frontières de l'espace, en transformant l'ordinaire en extraordinaire ; ceux qui sont capables de percevoir le sens du discours du droit et de la Justice accèdent à l'univers judiciaire tandis que ceux qui l'ignorent demeurent au seuil du monde judiciaire, incapables de franchir la ligne qui sépare l'accessible de l'inaccessible¹³... L'architecture judiciaire doit en conséquence être envisagée comme composante à part entière du discours de la justice.

4. L'espace autorisé du droit et de la justice

Parler de l'espace du droit c'est aussi parler de l'espace où on exerce le droit, c'est-à-dire du tribunal, du palais de justice, mais aussi de tous les autres espaces où l'on rend la justice, comme les centres de médiation ou conciliation, les *juílgados de paz* au Portugal ou encore les maisons du droit et de justice en France. En effet, on peut dire que c'est dans ces espaces que toutes les branches du droit deviennent sensibles, s'exercent et se matérialisent. Comme l'affirme François OST, ce sont les espaces où se dit le droit¹⁴. C'est pourquoi, pour Antoine GARAPON, le premier geste de la justice est architectural : il sert à délimiter un espace sensible où les règles du jeu sont stipulées, où les objectifs sont établis et où les acteurs sont institués¹⁵. Pour J. BOULAD-AYOUB, les palais de justice considérés comme institutions culturelles et idéologiques ont aussi contribué à monter les cadres de références culturelles et politiques de l'espace social¹⁶. Mais on peut aller plus loin et questionner : est-il possible de penser au droit et à la justice sans espace ?

Il faut en effet constater que les espaces où le droit et la justice sont mis en scène font l'objet de peu d'attention. Tout se passe

¹³ BRANCO (E.), « *O acesso ao direito e à justiça: um direito humano à compreensão* », in *Oficina do CES*, n. 305 (in <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/305/305.php>).

¹⁴ OST (F.), *Raconter la Loi: Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.

¹⁵ GARAPON (A.), *Bien Juger : Essais sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.

¹⁶ BOULAD-AYOUB (J.), « Les palais de justice de Montréal : du temple à la tour », in PAQUIN (N.), *Les signes de la justice et de la loi dans les arts*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2008.

comme si ces espaces étaient neutres¹⁷, sans implication sur le discours de la Justice et du droit. Quand on pense au droit ou à la justice, on pense surtout en termes de normes, de codes, d'écriture, rarement en termes architecturaux ou spatiaux. Depuis le positivisme normativiste nous sommes enserrés dans une conception de la justice où l'image et l'espace ne jouent aucun rôle, un peu comme si la justice n'existait pas en termes matériels, concrets, architectoniques ou spatiaux. Pourtant, le discours du droit peut être fait en utilisant des matériaux différents de l'écriture, parce que la rhétorique du droit, comme l'affirme B. SOUSA SANTOS, peut être constituée par des séquences et des artefacts non verbaux¹⁸.

Une question se pose alors : est-il possible d'accéder au droit et à la justice à partir des murs, des corridors, des salles de ces espaces autorisés que sont les palais de justice ou les autres espaces juridictionnels précédemment mentionnés ? Il convient en effet de s'interroger sur l'image de la Justice que renvoie un bâtiment vieux et devenu dangereux ou un espace qui ressemble davantage à un bric-à-brac qu'à une salle des pas perdus ? On peut en faire de même avec les évolutions récentes de la Justice ; un espace empli d'ordinateur ou une justice dématérialisée rendent-ils le discours de la Justice plus accessible ou en donnent-ils une vision plus positive, moins lointaine ?

Les édifices de la justice parlent : ils ont un vocabulaire visuel, tactile, auditif et kinesthésique¹⁹. C'est pourquoi nous devons penser aux espaces de la justice et à la façon dont ils peuvent communiquer ou stopper cette même justice.

Pour Robert JACOB, la justice établit à l'égard du justiciable par la symbolique de son architecture une distance, tantôt réduite et/ou tantôt considérable²⁰. En effet, si on analyse l'évolution de l'architecture judiciaire²¹ – de l'arbre de justice, en passant par le

¹⁷ Voir MULCAHY (L.), « *Architects of justice: the politics of courtroom design* », in *Social and Legal Studies*, Vol. 16, n° 3/2007.

¹⁸ SOUSA SANTOS (B.), « *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica* » in *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, « *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro* », Coimbra, 1980.

¹⁹ BOUCHIER (M.), *10 clefs pour s'ouvrir à l'architecture*, Paris, Archibooks, 2008.

²⁰ JACOB (R.), *Images de la justice*, Paris, Éditions le Léopard d'Or, 1994.

²¹ Sur le thème de l'évolution de l'architecture judiciaire voir JACOB (R.), « De la maison au palais de justice », in *Justices. Revue Générale de Droit Processuel*, n° 2, Dossier « Justice et ville », Paris, Dalloz, 1995 ; ASSOCIATION

palais de justice néoclassique et en aboutissant aux nouveaux projets de construction, qui se déroulent entre les œuvres d'auteur ou la banalisation des bâtiments, similaires à un quelconque édifice, public ou privé – on assiste à un mouvement d'entre-deux ; il semble en effet que les bâtiments de la justice soient toujours contraints par le binôme distance/proximité, soit, comme le dit Jacques COMMAILLE, par le couple sacré/profane²², oscillant entre marque de la puissance souveraine et exigence d'humanité.

On peut alors penser, conformément à la remarque de Desmond MANDERSON²³, que les lieux du droit participent du sens du discours juridique au même titre que l'objet poursuivi ou les moyens mis en œuvre pour y parvenir.

L'architecture des espaces juridictionnels fait du droit un espace singulier et sacré de régulation de la communauté²⁴, un espace où le fait est transformé en fait juridique et judiciaire. Et s'il est vrai que l'institution judiciaire est difficile à définir, il est tout aussi exact que nous sommes tous capables d'identifier un tribunal ou un palais de justice. Ainsi que l'écrit John BRIGHAM de façon presque triviale « *we know one when we see it* »²⁵, car on identifie le bâtiment et les symboles ; il s'agit de ce que François OST qualifie de « caractère spatial de la justice instituante »²⁶.

Ainsi quand le justiciable accède au service public de la Justice, il le fait en ayant des fins utilitaires²⁷, comme trouver un guichet précis ou la salle d'audience. Mais quel sentiment ou quelle conception/représentation du droit ou de la justice a-t-il à partir des façades, des murs, des intérieurs des espaces du droit et de la justice?

FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La justice en ses temples*, Paris, Errance, 1992 ; MACNAMARA (M. J.), *From tavern to courthouse. Architecture & ritual in American law, 1658-1860*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2004 ; NUNES (A. M.), *Justiça e arte. Tribunais portugueses*, Lisboa, Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2003.

²² COMMAILLE (J.), « Sociologie politique », in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, P.U.F., 2004.

²³ Soit en anglais : « *how and what law means is influenced by where it means* » ; MANDERSON (D.), « *Interstices : new work on legal spaces* », in *Law Text Culture*, Vol. 9, 2005.

²⁴ HOGG (R.), « *Law's other spaces* », in *Law Text Culture*, Vol. 6, 2002.

²⁵ BRIGHAM (J.), « *Signs in the attic : courts in material life* », in KEVELSON (R.), *Spaces and Significations*, op. cit.

²⁶ OST (F.), *Raconter la Loi...*, op. cit.

²⁷ CHALIFOUR (F.), « L'œil ambulant, le palais de justice et la représentation. Élaboration d'un modèle d'analyse sémiotique », in PAQUIN (N.), *Les signes de la justice et de la loi dans les arts*, op. cit.

L'évolution architecturale judiciaire a répondu, historiquement, à l'autonomisation progressive de la fonction de juger, à l'imposition des nouvelles professions juridiques, à la puissance politique de chaque époque, ou aux évolutions du procès : la justice de négociation du Moyen-âge, bien incorporée dans les circuits mercantiles et quotidiens de la vie, a été supplantée par une justice d'autorité, qui doit répondre à une montée de la demande judiciaire, et par là devient distante de la mondanité de la cité et développe un arsenal d'argumentations et de procédures. Ce changement de paradigme de la justice se matérialise au palais de justice, avec ses grands escaliers et ses colonnes qui donnent l'image d'une puissance solennelle et mystérieuse, inspirant la crainte respectueuse des justiciables envers le Tribunal²⁸.

Et pourtant, ce type de considérations n'est pas conscient, car l'accessibilité, la qualité de la justice sont toujours prises en compte à travers les réformes successives des lois, des codes, du coût de la justice ou de la morosité des décisions. Le dernier rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (C.E.P.E.J.), en 2008, est très clair : il affirme que l'accès à la justice n'est pas seulement limité aux ressources financières, mais également concerné par le temps nécessaire pour atteindre une salle d'audience²⁹. Cet accès aux bâtiments ou espaces de la justice n'est ainsi pas seulement géographique. En effet, si l'on considère le cas du Portugal, l'architecture judiciaire n'est pas une question faisant débat. Cette question est évoquée dans le cadre des discussions relatives au nouveau campus judiciaire de Lisbonne, c'est-à-dire la concentration de 21 tribunaux de la juridiction de Lisbonne dans un seul bâtiment. Celui-ci n'a été pas conçu comme un tribunal mais comme un édifice de bureaux sans que la question de la représentation et de la mise en scène de la Justice se posent. Le lieu apparaît comme un impensé de l'administration de la Justice, *a fortiori* lorsque l'on sait que l'ancien tribunal da Boa-Hora, tribunal criminel de Lisbonne pendant plus de 165 ans, était en train d'être réhabilité en hôtel de luxe sans égard pour ce qu'il représente dans l'histoire de la justice portugaise.

Les professionnels de la justice – comme les juges, les procureurs, les avocats ou les autres acteurs du système judiciaire –

²⁸ ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La justice en ses temples*, *op. cit.*

²⁹ COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE, *Systèmes Judiciaires Européens. Édition 2008 (donnés 2006) : Efficacité et Qualité de la Justice*, 2008.

parlent ainsi des espaces du droit et de la justice d'une façon presque cachée. Pourtant, ils sont attentifs à la manière dont les justiciables parcourent et perçoivent les espaces. Au cours d'une table ronde de discussion, menée par une équipe qui étudie le système d'accès au droit et à la justice de famille et d'enfants au Portugal, on a pu s'entendre dire : « Ce qu'on perçoit c'est que le citoyen, quand il entre dans l'espace du tribunal, la dernière chose dont il a l'impression, c'est d'être protégé. Je pense que c'est à cause de la manière dont les tribunaux ont été constitués, à savoir comme des espaces pleins de rituels. Les gens doivent presque prendre de l'eau bénite et se bénir avant d'y rentrer ! » ; ou encore « Les tribunaux devaient être des centres civiques et pas des centres qui font peur aux gens. Et ça, ce n'est pas résolu et il sera difficile de les voir comme des centres civiques. Or, ceci est une question fondamentale pour l'accès au droit et à la justice ! ». Ou enfin : « Les gens ont peur d'aller au tribunal. Pourtant, et curieusement, les *jułgados de paz* [qui sont des tribunaux au sens juridique] n'ont pas cette composante psychologique ». En effet, les *Jułgados de Paz*, comme l'a étudié Pierre GUIBENTIF, sont des locaux sans solennité particulière, avec un mobilier sobre, une table ronde où le juge n'arbore pas la toge, et où, finalement, tout doit suggérer l'idée d'une justice proche des citoyens³⁰.

Cependant, si pour certains la justice doit se montrer comme un espace accueillant ou *user-friendly*, c'est-à-dire se montrer plus humaine et démocratique, plus proche du citoyen et plus transparente³¹, pour d'autres, les espaces doivent continuer à parler un langage d'austérité, de distance, de puissance judiciaire et doivent avoir une charge symbolique qui indique que nous sommes dans un espace différent des autres espaces publics. Comme le rappelle Claude LOUPIAC, il faut, toutefois, faire attention à la réactualisation des symboles de la justice, aux nouveaux espaces, car il n'est pas sûr qu'ils soient perçus par le justiciable³².

³⁰ GUIBENTIF (P.), « *Les jułgados de paz*: une nouvelle justice de proximité au Portugal », in *Droit et Société*, n° 66.

³¹ GARAPON (A.), « Imaginer le palais de justice du XXI^e siècle », IHEJ, 2006 (consulter http://www.justiceblog.org/article.php3?id_article=32).

³² LOUPIAC (C.), « Du temple de Thémis à la maison des droits de l'homme », in *Sociétés et représentations*, n° 12, 2001.

5. Quelques mots pour conclure...

Il faut inventer une rhétorique architecturale qui s'adapte à notre temps, un temps où le caractère spatial et fonctionnel des nouveaux locaux, leur équipement moderne et rationnel améliorent le fonctionnement de la justice³³. Il s'agit ainsi d'offrir aux citoyens une nouvelle image de la justice³⁴, plus en phase avec l'évolution des pratiques judiciaires et des mentalités, une justice qui doit englober tous les citoyens, qui doit résoudre des conflits différents et qui est, alors, une justice plus spécialisée nécessitant des espaces spécialisés aussi. Une justice pluraliste, où les mécanismes alternatifs de résolution des litiges prennent une plus large place, ne peut pas en effet continuer à reposer sur un seul mode d'espace. Elle implique sans nul doute de réfléchir à un espace conçu sur un mode plus kaléidoscopique. Une telle évolution soulève de nombreuses interrogations : comment présenter ce nouveau paradigme de la justice ? Quels types d'espaces sont-ils capables de lui donner sens d'une façon plus compréhensible, plus effective ? Assistons-nous à la « palascisation des arbres » ou, à « l'arborisation des palais » ?

Les transformations du droit et de la justice du XXI^e siècle nous invitent à penser les espaces de la justice au service de la communication, de l'accessibilité et de la légitimation du droit et des moyens de résolution des litiges. La construction d'un espace commun doit aussi signifier la construction d'espaces de justice qui respectent les spécificités des divers types de litiges et qui soient compris par ceux qui les utilisent. Il y a là un défi majeur, auquel on ne prête pas suffisamment attention alors que le sens de la Justice du XXI^e siècle en dépend largement.

³³ *Ibid.*

³⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La nouvelle architecture judiciaire*, Paris, La Documentation Française, 2002.

**LE DROIT, CONSTRUCTION D'UN TERRITOIRE
COMMUN**

**RECOMPOSITION TERRITORIALE ET
REDISTRIBUTION DES COMPÉTENCES :
LES GRANDES INFRASTRUCTURES DE TRANSPORT**
Fabien MALARD, Allocataire de recherche de la Région Rhône-
Alpes ; Doctorant en droit à l'Université Jean Monnet de Saint-
Étienne, CERAPSE

Il est temps de décider, tel est le titre du rapport remis le 5 mars 2009¹ au Président de la République par le Comité pour la réforme des collectivités locales présidé par l'ancien Premier ministre Édouard BALLADUR. Ce titre peut surprendre, tant il est vrai que cette question de la recomposition territoriale a occupé le législateur depuis le début de la Cinquième République. En effet, comme le note le professeur Jean-Marie PONTIER, il y a eu « une multiplication des réformes concernant l'administration territoriale [...] au point que l'on peut dire que l'on se trouve en réforme permanente »². Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce mouvement. Le premier est l'échec de chacune des réformes entreprises dans ce domaine ; ce qui oblige le législateur, tel Sisyphe, à recommencer sans cesse le même travail. Le deuxième facteur de ce mouvement réside dans le fait que la question de la recomposition territoriale, donc de l'organisation de l'administration territoriale, est connexe à celle de la réforme de l'État. Aborder la question de la recomposition territoriale, c'est donc également s'interroger sur la forme de l'État.

L'analyse des mutations survenues dans le domaine des grandes infrastructures de transport depuis les premières lois décentralisatrices³ des années quatre-vingt est très révélatrice du mouvement de recomposition territoriale à l'œuvre. À la suite de l'acte I de la décentralisation, l'intensité de la réflexion et de la

¹ COMITÉ POUR LA REFORME DES COLLECTIVITÉS LOCALES PRÉSIDIÉ PAR É. BALLADUR, *Il est temps de décider. Rapport au Président de la République*, Paris, la documentation française, 2009, 108 p.

² PONTIER (J.-M.), SHIKATA (K.) (Dir.), *La compensation financière des transferts de compétences aux collectivités territoriales en France et au Japon*, Marseille, P.U.A.M., 2007, p. 133.

³ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF*, n° 7, 9 janvier 1983, p. 215 ; Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF*, n° 169, 23 juillet 1983, p. 2286.

production normative s'est en effet amplifiée. De nombreux textes et rapports ont ainsi été adoptés durant cette période, concernant aussi bien les structures territoriales que la répartition des compétences. Ces lois ne vont être que les prémices de l'acte II de la décentralisation. Deux exemples particuliers peuvent être mentionnés. On peut ainsi citer la loi du 13 février 1997⁴ portant création du Réseau Ferré de France (R.F.F) et qui met en place une expérimentation dans la gestion du trafic des trains express régionaux (TER) au profit de sept régions. Cette expérimentation donnera lieu à un transfert de compétence généralisé par la loi du 13 décembre 2000⁵. Par ailleurs, la loi « Démocratie et proximité » de 2002⁶, dont vont très largement s'inspirer les transferts de la loi du 13 août 2004 en matière portuaire et aéroportuaire, a confié à la collectivité territoriale de Corse la gestion de l'ensemble de ses aéroports et ports.

Chacune de ces réformes s'inscrit dans un cadre plus large qui a la double ambition de simplifier le « mille-feuilles » administratif et de rendre plus lisible et plus efficace la répartition des compétences entre les différents niveaux de collectivités. Ces deux ambitions sont elles-mêmes sous-tendues et mises en œuvre par deux facteurs qui influent sur la réforme de l'État ; il s'agit d'une part d'un facteur infra-national avec l'acte II de la décentralisation et d'autre part, d'un facteur supra-national avec la construction communautaire. S'agissant de la construction communautaire, d'une manière générale, il apparaît que la recomposition territoriale est une des réponses aux évolutions et aux contraintes que connaissent les États aujourd'hui⁷. Concernant plus spécifiquement le domaine des grandes infrastructures de transport, la construction communautaire s'est très tôt impliquée dans ce secteur, avec un double objectif : d'une part, parvenir à une dérégulation totale dans ce secteur, tant au niveau du transport des voyageurs que du transport du fret, et d'autre part mener une véritable politique

⁴ Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF*, n°39, 15 février 1997, p. 2592

⁵ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JORF*, n°289, 14 décembre 2000, p. 19777.

⁶ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, *JORF*, n° 28 février 2002, p. 3808

⁷ La recomposition territoriale est également perçue, comme une manière de développer la démocratie au niveau local.

commune des transports afin de mettre en place un réseau cohérent de grandes infrastructures au niveau européen.

La relance de la décentralisation par la révision constitutionnelle de 2003⁸ et les réformes mises en œuvre par la loi du 13 août 2004⁹ influent encore plus directement sur la recomposition territoriale. L'acte II de la décentralisation opère en effet une importante redistribution des compétences entre l'État et les collectivités territoriales. En matière de transport, toutes les infrastructures sont touchées. Au delà, c'est l'esprit de l'acte II qui marque une rupture avec la précédente décentralisation. L'acte I de la décentralisation, élaboré au début des années quatre-vingt a été accepté avec un relatif consensus politique ; la raison se trouve dans le fait que comme l'affirme le professeur OBERDOFF en 1990 « la décentralisation française de ces dernières années n'a pas comme d'ailleurs les évolutions précédentes engagé de front un processus de recomposition territoriale [...] elle a plutôt utilisé des moyens d'incitation, presque pédagogiques pour démontrer la nécessité d'une recomposition »¹⁰. Cela explique, dans une certaine mesure, le peu de réactions négatives à l'encontre de l'acte I de la décentralisation, car, contrairement à l'acte II, il n'a pas été perçu comme une remise en cause de la forme unitaire de la République.

Les grandes infrastructures de transport, c'est-à-dire les équipements structurant le déplacement des personnes et des marchandises, sur le plan régional, national, et international, (ports, aéroports, routes, et voies navigables), ont toujours fait l'objet d'une attention particulière de la part de l'État central. Elles sont historiquement liées à la construction du territoire et les études historiques nous montrent que plus le territoire est vaste, plus ces grandes infrastructures sont importantes. C'est pourquoi leur décentralisation revêt un intérêt singulier. Elles apparaissent, dans l'acte II de la décentralisation, comme un puissant vecteur de recomposition territoriale, du fait des procédures de transfert mais aussi du fait des modes de gestion qu'elles impliquent.

Les transferts concernant les grandes infrastructures de transport, mis en œuvre par la loi du 13 août 2004, entraînent une

⁸ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF*, n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

⁹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545.

¹⁰ OBERDOFF (H.), « La recomposition administrative du territoire français », in COMTE (P.) (Dir.), *La recomposition des territoires*, Programme recherche Rhône-Alpes, Recherche en sciences humaines, 1990, p. 181.

recomposition territoriale par la redistribution des compétences (I.) tandis que la mise en œuvre de ces compétences par les collectivités territoriales engendre une remise en cause des découpages territoriaux classiques (II.).

I. La reconstitution territoriale par la redistribution des compétences

L'acte II de la décentralisation a élargi le périmètre des transferts en matière de grandes infrastructures de transport ; toutes sont désormais concernées. Au-delà de cet élargissement quantitatif, la réforme de 2003/2004 diffère des précédentes étapes de la décentralisation sur deux points essentiels, d'une part quant à l'objet (A.) et d'autre part quant aux modalités de transfert (B.).

A. L'objet des transferts

L'acte II de la décentralisation est de très grande ampleur, le nombre d'articles contenus dans la loi du 13 août 2004 en est assez révélateur. L'objet des transferts a lui aussi été élargi et il ne s'agit plus ici de simples transferts de compétence ou de charge, comme au début des années quatre-vingt, mais, dans la plupart des cas, de transférer la propriété des infrastructures. En effet, la loi d'août 2004 ne se contente pas de mettre en place un transfert de compétence ; elle organise également le transfert de propriété des infrastructures ainsi que celui des personnels affectés à ces infrastructures. Ce transfert de propriété concerne environ 150 aéroports, la quasi-totalité des routes nationales transférées aux conseils généraux, dix huit ports, et, mais seulement dans une certaine mesure, les voies navigables. Seul le transfert de la gestion des trains express régionaux (TER) issu de la loi du 13 décembre 2000 n'est pas accompagné du transfert de propriété des voies qui restent la propriété de l'État par le biais de l'établissement public Réseau ferré de France (RFF). Cependant, certaines régions font le choix de financer certains tronçons de voies par des conventions avec RFF¹¹, alors même que ce financement ne rentre pas dans leurs compétences. En revanche, chaque région en tant qu'autorité

¹¹ V. http://www.srt.rhonealpes.fr/documents/Deliberation_contrat_objectif_2.pdf.

organisatrice de transport, conclut une convention¹² avec la SNCF pour l'exploitation du service public de transport régional de voyageurs. Ce sont ces dernières qui régissent les conditions d'exploitation des TER, ainsi que les obligations de chacune des parties (financement et propriété du matériel roulant, cadence, pénalités de retard etc.). Les modalités de gestion des TER ne sont donc pas concernées par l'acte II de la décentralisation.

En ce qui concerne toutes les autres infrastructures, il y a une véritable rupture avec les précédents transferts. Là où l'acte I ne proposait aux collectivités territoriales qu'un transfert de compétence, qui s'apparentait le plus souvent à un transfert de charge, l'acte II permet un transfert plein et entier de l'ensemble de l'infrastructure.

Il apparaît donc que le transfert de propriété peut en lui même être perçu comme un élément de la recomposition territoriale, car, en effet, une fois la collectivité propriétaire, elle est la seule à pouvoir décider de la destination future de ce bien. Ce transfert de propriété interroge sur le rôle de l'État dans la coordination de l'ensemble des infrastructures de transport. En effet, la spécificité des grands équipements de transport est de composer un réseau, ce qui suppose une articulation entre eux. Cette coordination, pour qu'elle soit efficace, ne peut être entreprise qu'au niveau national. Or, il y a dans la décentralisation des infrastructures de transport un paradoxe. En effet, en transférant, la propriété de ces dernières aux collectivités territoriales, on segmente ces réseaux, et par la même, il y a un risque d'absence de cohérence et d'inefficacité.

De plus, et là encore il s'agit d'une véritable rupture, le personnel affecté à la gestion de ces infrastructures de transport se voit lui aussi transféré vers le nouveau propriétaire. C'est ainsi que plus de trente milles agents des Directions régionales de l'Équipement (DRE), et Directions départementales de l'Équipement (DDE) ont rejoint le personnel des conseils généraux. Ce transfert de personnel massif a une double conséquence : d'une part, il remet en cause un des services déconcentrés les plus prestigieux de l'État et d'autre part il oblige les conseils généraux à repenser le maillage de leurs territoires en concertation avec les autres départements. Cette nécessaire coordination des moyens au niveau des collectivités territoriales,

¹² Voir par exemple la convention entre la région Rhône – Alpes et la SNCF signée le 30 mars 2007 pour une durée de huit ans à compter du 1^{er} janvier 2007, http://www.srt.rhonealpes.fr/documents/Convention_RRA_TER.pdf.

en fonction des réseaux, implique la création de nouveaux services, avec de nouvelles répartitions géographiques interdépartementales participant ainsi à la recomposition territoriale¹³.

L'élargissement de l'objet des transferts permet une recomposition des territoires, car pour la première fois dans notre ordonnancement juridique, les collectivités territoriales sont en capacité de gérer la totalité des compétences qui leurs sont transférées et même de décider de mettre en place des alliances qui étaient jusqu'alors impossibles.

B. Les procédures de transferts

Les réformes de 2003/2004 sont là aussi en rupture avec l'acte I de la décentralisation. Si au début des années quatre-vingt, les procédures de transfert de compétence étaient imposées par l'État, l'acte II privilégie la concertation et parfois, le volontarisme des collectivités territoriales. Certains auteurs parlent même de « décentralisation à la carte »¹⁴ tant les procédures de transferts sont hétéroclites. En faisant le choix de ne pas désigner le niveau de transfert, mis a part pour les routes nationales, l'État met *de facto* les collectivités territoriales en concurrence. Le transfert des routes nationales aux conseils généraux est, malgré les apparences, une procédure très dirigiste, dans laquelle l'État impose le niveau de collectivités territoriales et son calendrier : les départements n'ont eu *que trois mois à compter de la saisine par le représentant de l'État dans le département*, pour se prononcer sur le projet de décret de constitution du réseau routier, cet avis étant réputé donné

¹³ V. la « Convention de coopération entre les conseils généraux du Territoire de Belfort et du Haut-Rhin », signé le 25 septembre 2007, elle concerne entre autres : « La continuité routière entre les deux départements Dix-neuf routes départementales franchissent la limite des deux départements. Depuis janvier 2007 et l'acte II de la décentralisation, l'entretien des routes est assuré dans chaque département par le Conseil général. L'objectif des deux collectivités est de rendre les limites interdépartementales des routes « transparentes » pour l'usager. Il s'agit alors dans la pratique de coordonner les interventions pour le traitement hivernal (déneigement) et pour l'exploitation courante (fauchage...). Le déneigement par exemple ne se limite actuellement pas aux limites départementales et les centres routiers poursuivent leurs circuits jusqu'au premier village ou grand carrefour dans le département voisin ».

¹⁴ BRISSON (J.-F.), « La "décentralisation à la carte" : entre pluralisme et diversité », in JAN (P.) (Dir.), *La constitution de la Ve République. Réflexions pour un cinquantenaire*, Paris, Études de la documentation française, 2008, pp. 45 et suivantes.

si il n'y a pas eu de délibération dans le délai imparti¹⁵. Dans tous les autres cas, l'État n'intervient dans l'attribution d'une infrastructure qu'à partir du moment où il y a une pluralité de candidatures et que les collectivités territoriales n'ont pas réussi à se mettre d'accord. Les procédures concernant les ports¹⁶ et aéroports¹⁷ sont assez similaires et laissent place à beaucoup plus de volontarisme, y compris dans les délais. Dans ce cas-là, les collectivités doivent se porter candidates pour se voir transférer l'infrastructure. S'il y a concurrence, le préfet doit, dans un premier temps, organiser une conciliation, et ce n'est qu'en cas d'échec, qu'il pourra *in fine* décider d'attribuer l'infrastructure à une collectivité territoriale de manière autoritaire. Il devra cependant respecter dans sa décision, les critères objectifs énoncés aux articles 28 pour les aéroports et 30 pour les ports, de la loi du 13 août 2004. Enfin, concernant les voies navigables, il était offert aux régions la possibilité de se voir attribuer cette compétence¹⁸. Une loi du 30 juillet 2003¹⁹ autorise les collectivités territoriales à constituer leur propre domaine public fluvial, et permet à n'importe quelle collectivité territoriale d'expérimenter cette compétence pour un délai maximum de six ans. La loi du 13 août 2004 complète ce volet domanial, en permettant le transfert des personnels sur le même modèle que celui des agents des Directions Départementales de l'Équipement (DDE).

Ces procédures conduisent à une réflexion sur l'échelon pertinent du transfert. La mise en concurrence des territoires a pour effet la recherche d'un optimum territorial. Le risque dans ce système est cependant d'accroître les distorsions entre les territoires les plus riches et les territoires les plus pauvres. Les plus riches étant en capacité de s'approprier un grand nombre de compétences, au détriment des collectivités les moins bien dotées.

¹⁵ Concernant le transfert des routes nationales, voir MERLEY (N.) (Dir.), *Où vont les Routes ? La décentralisation de la gestion du réseau routier*, Paris, L'harmattan, GRALE, 2007, 267 p.

¹⁶ Concernant le transfert des ports, voir BRAS (J.-P.), ORANGE (G.) (Dir.), *Les ports dans l'acte II de la décentralisation*. Paris, L'harmattan, GRALE, 2007, 205 p.

¹⁷ Pour les aéroports, voir MAMONTOFF (C.), « Le transfert de compétences en matière aéroportuaire. Le cas du Languedoc-Roussillon », *AJDA*, 2007, p. 2076.

¹⁸ Cette possibilité n'a été jusque là, exploitée que par trois régions : la Bretagne, la Picardie et les Pays de la Loire.

¹⁹ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, *JORF*, n°175, 31 juillet 2003, p. 13021.

Pour pallier les risques d'accroissement de disparité entre les territoires, et pour atteindre cet optimum territorial, concernant les grandes infrastructures de transport, les collectivités territoriales mais aussi parfois l'État vont remettre en cause les découpages administratifs traditionnels.

II. Une remise en cause des découpages administratifs traditionnels

Les grandes infrastructures de transport pour garder leur efficacité et leur pertinence doivent la plupart du temps être réfléchies comme un réseau, ce qui oblige les collectivités territoriales à repenser l'articulation entre leurs territoires (**B**). Il en va de même de la part de l'État qui lui aussi réorganise ses services déconcentrés en brouillant les découpages territoriaux classiques (**A**).

A. La réorganisation territoriale des services déconcentrés de l'État

Il ne s'agit pas ici d'une véritable nouveauté. En ce qui concerne l'État, il connaît déjà une organisation dans certains domaines qui fait fi des découpages administratifs territoriaux classiques. À titre d'exemple, les académies ne se superposent pas aux découpages régionaux ; il en va de même en matière de régions militaires ou encore de ressort des tribunaux. Dans le domaine du transport, il y a également des découpages qui ne sont pas calqués sur les collectivités territoriales, par exemple les Directions de l'Aviation Civile²⁰ (DAC). En matière de routes, en revanche, l'utilisation des découpages administratifs est la règle. Les services déconcentrés des ponts et chaussées se répartissent effectivement au niveau des départements, en ce qui concerne les Directions départementales de l'Équipement, (DDE) et au niveau des régions concernant les Directions régionales de l'Équipement (DRE). L'État a, nous l'avons vu, transféré la quasi-totalité des routes en

²⁰ Elles sont au nombre de sept en métropole, auxquelles il faut rajouter les DOM-TOM (centre-est, nord, nord-est, ouest, sud, sud-ouest, sud-est).

direction des conseils généraux. Depuis, les DDE et dans une moindre mesure les DRE²¹ n'ont plus de compétence routière.

Pourtant, l'État a tout de même conservé la gestion et l'entretien, de ce que l'on appelle désormais le réseau routier national, constitué des routes nationales et des autoroutes, concédées et non concédées²², c'est-à-dire les itinéraires d'intérêts nationaux et européens. On aurait pu imaginer que l'État fasse appel pour la gestion de ces quelques 20 000 kilomètres de routes, aux services déconcentrés de l'Équipement, fortement territorialisés et couvrant l'ensemble du territoire. Néanmoins, il a préféré créer onze Direction Interdépartementales des Routes (DIR)²³, qui ont pour assise non les collectivités territoriales mais les grands itinéraires routiers dont il a la charge.

On peut voir dans ce redécoupage par itinéraire l'influence de la construction communautaire. L'Union européenne a en effet précisé ses objectifs, dans un livre blanc²⁴ de 2001 intitulé *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix*. Cela se traduit par le titre XV du Traité instituant la Communauté Européenne²⁵ dont le titre est « Réseaux transeuropéens ». L'ambition principale de ce titre est de promouvoir, entre autres choses, la création de grandes infrastructures de transport au niveau continental. L'effet induit de la construction de ce réseau continental est le recentrage des moyens de l'État sur ses réseaux magistraux, et ce quelque soit le type d'infrastructures concernées. Cette priorité donnée aux infrastructures à vocation nationale et internationale par l'État oblige les collectivités territoriales à promouvoir de nouveaux territoires opérationnels pour mettre en œuvre leurs nouvelles compétences.

²¹ En ce qui concerne les DRE, elles sont les supports des vingt et un services de maîtrise d'ouvrage (SMO) pour les travaux routiers neufs du réseau national.

²² Près de 20 000 kilomètres de voies restent de la compétence de l'État. Sur ces 20 000 km, 11 000 km sont des autoroutes et 9000 km des routes nationales.

²³ Décret n° 2006-304 du 16 mars 2006 portant création et organisation des directions interdépartementales des routes, *JORF*, n° 65, 17 mars 2006, p. 4048.

²⁴ Livre blanc, *La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix*, COM (2001) 370 final, 2001, 137 p.

²⁵ Version consolidée du traité instituant la communauté européenne, *JOUE* n° C 325, du 24 décembre 2002. Titre XV, articles 154, 155, 156.

B. L'affirmation de nouveaux territoires opérationnels par les collectivités territoriales

Les collectivités territoriales, pour la mise en œuvre des nouvelles compétences acquises dans le domaine des grandes infrastructures de transport, vont parfois elles aussi remettre en cause leurs propres limites. Cette remise en cause des découpages administratifs va pouvoir se faire au moment de la candidature ou alors au cours de la gestion de la compétence. Les procédures de transfert que nous avons évoquées précédemment permettent en effet la création de groupements de collectivités territoriales au moment de la candidature, afin que ces dernières puissent avoir les capacités de gestion indispensable à la mise en œuvre des compétences auxquelles elles prétendent. Ces regroupements de collectivités créent un nouveau territoire opérationnel ; ce qui en soit n'est pas d'une grande nouveauté. En revanche, le changement réside dans le fait que ces groupements, au lieu d'être créés uniquement pour la gestion d'une compétence commune, le sont aussi pour faire face à la concurrence d'autres territoires, qui auraient pu être candidats aux transferts de la même infrastructure. C'est donc un moyen de pallier les disparités, qui peuvent naître entre certaines collectivités. Il y a ici création d'un nouveau territoire par la mise en place d'une structure regroupant plusieurs types de collectivités territoriales, à laquelle est transférée la propriété de l'infrastructure. La mise en concurrence des collectivités territoriales est donc un facteur de recomposition territoriale.

Une fois cette étape de l'attribution de l'infrastructure effectuée, les modes de gestion choisis peuvent inciter les collectivités territoriales à dépasser leur propre territoire, afin d'être plus efficaces. C'est le cas lorsqu'il s'agit d'une infrastructure en réseaux telle que les routes, les canaux ou encore la gestion des TER. Le cas des routes a précédemment été évoqué avec la signature de convention interdépartementales afin d'assurer la continuité routière²⁶ entre les départements. Les régions, dans la gestion des trains express régionaux (TER), se voient obligées de mettre en place une coordination interrégionale pour les déplacements afin de rendre les limites de chaque réseau transparentes pour l'utilisateur. Par exemple, la région Rhône-Alpes a signé une convention avec la région Auvergne, concernant la

²⁶ Voir *supra* note 13.

desserte interrégionale par TER, de même des comités de lignes interrégionaux ont été mis en place²⁷.

En matière fluviale, il existe sur ce modèle le Plan Rhône²⁸, élaboré conjointement avec les Régions Languedoc-Roussillon et Provence-Alpes-Côte-d'Azur, pour la période 2007–2013 et adopté le 21 mars 2007. Ce dernier contrat de projet interrégional participe au mouvement de planification, qui prend de plus en plus d'ampleur dans les régions, et qui transcende, là aussi, les découpages administratifs classiques. Chaque région doit mettre en place une série de schémas, parmi lesquels un schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADT)²⁹, dont le Schéma Régional des Transport est le volet infrastructures. Tous ces schémas participent plus ou moins à une prise en compte de la recomposition territoriale en faisant, la promotion de l'articulation des transports dans une logique interrégionale en adaptant les besoins de déplacement aux territoires. Une des faiblesses de la recomposition territoriale en France tient au fait qu'elle est le fruit de simples coopérations volontaires entre les collectivités territoriales. Mais il apparaît que paradoxalement ce soit aussi une des ses forces, car par l'action des collectivités, le territoire peut lui-même opérer sa recomposition, sans que cette dernière soit subie.

En ce sens, les grandes infrastructures de transport sont un puissant facteur de recomposition territoriale tant au niveau du périmètre de l'organisme qui en a la charge qu'au niveau des modes de gestion de ces infrastructures. On peut toutefois s'interroger sur les effets de cette recomposition en termes de clarté dans la répartition des compétences entre les différents niveaux de collectivités car les réformes de 2003/2004 sont loin d'avoir mis un terme aux confusions et les ont même, par certains aspects, accentuées. Alors oui, il est temps de clarifier !!!

²⁷ Exemple le comité de lignes Le Puy/ Saint-Étienne.

²⁸ http://www.rhone.pref.gouv.fr/automne_modules_files/standard/public/p662_cc61e5760efd8a38b66f942f7c4a82bCPIER_Plan_Rhone_signe_le_21_03_2007.pdf

²⁹ Article L. 4251-1 du CGCT.

LA RECOMPOSITION TERRITORIALE EN EPCI À FISCALITÉ PROPRE

Mathilde KERNEIS, Allocataire – Monitrice à l'Université de Rouen, Centre d'études des systèmes juridiques

Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont des établissements publics territoriaux. Ainsi, selon les professeurs DUPUIS, GUÉDON et CHRÉTIEN, ces institutions sont « identifiées à la fois par un critère géographique comme les collectivités territoriales et par un critère de spécialisation fonctionnelle comme les établissements publics »¹. En effet, elles reposent sur un critère géographique car ces établissements vont regrouper des communes et vont ainsi avoir une assise territoriale, une limitation territoriale. Elles reposent, en outre, sur un critère de spécialisation fonctionnelle dans la mesure où ces institutions sont des établissements publics, et donc régis par le principe de spécialité. L'EPCI va se substituer aux communes dans les compétences que celles-ci lui transfèrent.

Ces établissements publics vont apparaître comme un remède au trop grand nombre de communes françaises, 36 682, et ils seront préférés au dispositif de la fusion envisagé par la loi du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes, dite « loi Marcellin »², dans la mesure où ils permettent la survivance institutionnelle de la commune.

Il existe deux types d'intercommunalité, les intercommunalités de gestion, sans fiscalité propre et les intercommunalités de projet, dotées d'une fiscalité propre. Les intercommunalités de gestion ont une forme très souple, elles permettent aux communes de gérer ensemble des services, en apportant directement leurs contributions financières à l'EPCI. Au contraire, l'intercommunalité de projet est revêtue par la loi de compétences obligatoires et d'une fiscalité propre, il s'agit donc d'une forme beaucoup plus intégrée d'EPCI. Ce sont ces EPCI à fiscalité propre qui nous intéresseront ici.

Ils sont régis par la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale³, laquelle leur donne un socle institutionnel commun,

¹ DUPUIS (G.), GUÉDON (M.-J.) et CHRÉTIEN (P.), *Droit administratif*, Paris, A. Colin, 8^e éd., 2002, p. 287.

² Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes, *JORF*, 18 juillet 1971, p. 7091.

³ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF*, 13 juillet 1999, p. 10361.

tout en adaptant une typologie aux circonstances démographiques du terrain. Ils se sont installés et ont entamé leur conquête du paysage administratif français dans une période caractérisée par la recherche de l'économie et de la clarification des compétences, comme le démontre les multiples rapports intervenus sur ce thème⁴. Ainsi, l'EPCI, se substituant aux communes, va permettre une mise en commun des moyens, à la recherche d'une économie, mais il va également avoir pour objectif de constituer un projet commun sur le territoire délimité par les communes membres. La proximité ne sera ainsi plus uniquement du ressort communal, mais également du ressort intercommunal. La question de l'échelon pertinent pour telle et telle compétence pourra ainsi se poser.

Le nombre d'EPCI à fiscalité propre ne cesse d'augmenter⁵ ; on note ainsi un accroissement annuel de plus de cent EPCI de 1993 à 2004. Ces dernières années démontrent cependant un ralentissement, justifié par l'achèvement imminent du maillage intercommunal, avec 18 EPCI de plus en 2008, soit un total de 2 601 groupements intercommunaux à fiscalité propre, regroupant ainsi 34 166 communes⁶.

Comment l'État s'est-il positionné dans ce mouvement de couverture du territoire ? A-t-il joué un rôle actif ? Incitatif ? Ou au contraire a-t-il laissé libre cours à la volonté des communes ? Par ailleurs, ce nouveau maillage territorial, est-il une fin en soi ou n'est-il qu'une étape, un « outil de recomposition »⁷ ? Il apparaît que, même si l'intercommunalité est fondée sur la volonté des communes de former ensemble une entité, l'État a mis en place des outils incitatifs, voire contraignants, avec l'objectif précis de couvrir la totalité du territoire (I). En outre, l'EPCI paraît être un outil auquel l'État recourt volontiers et auquel des discours prospectifs assignent un rôle majeur dans la réforme administrative de l'État (II).

⁴ Voir notamment MAUROY (P.), *Refonder l'action publique locale*, Commission pour l'avenir de la décentralisation, Paris, La documentation française, « Collection des rapports officiels », 2000 et MERCIER (M.), *Pour une République territoriale : l'unité dans la diversité*, rapport d'information n° 447, Sénat, Session ordinaire 1999-2000.

⁵ Sauf en 2007, où l'on compte 5 EPCI de moins, suite à des fusions d'EPCI.

⁶ Statistiques DGCL, au 1^{er} janvier 2009. <http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/>.

⁷ ROZET (J.-P.), *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, Rapport présenté au nom de la section des économies régionales et de l'aménagement du territoire, adopté par le Conseil Economique et Social le 22 juin 2005, p. II-63.

I. Une recomposition territoriale stimulée par l'État

L'État a mis en place un ensemble d'outils normatifs dont les communes se sont saisies afin de pouvoir créer des groupements revêtus de la personnalité juridique. Mais plus que de permettre aux communes de se regrouper au sein d'EPCI, l'État va mettre en place des dispositifs incitatifs. L'incitation première va porter sur la création d'EPCI, afin de couvrir le territoire national de ce nouveau maillage institutionnel (A.), la seconde va porter sur la création de grands EPCI, réduisant ainsi leur nombre et optimisant leur taille (B.).

A. L'incitation à participer à une intercommunalité

Selon le rapport *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, l'intercommunalité est « le résultat du point de rencontre entre volonté d' "en haut" et aspiration d' "en bas" » et il ajoute « en fait, les premières tentatives de coopération et de regroupement collectif, encouragées d' "en haut", correspondent à des mouvements qui viennent d' "en bas" »⁸.

1. Une aspiration d'en bas

La petite taille des communes est une cause de faiblesse de ces dernières quant à la réalisation de leurs missions auprès des administrés. Pour pallier ce désagrément, les communes ont pris conscience de la nécessité de se regrouper et c'est dans ce but que le législateur a créé les syndicats de communes par la loi du 22 mars 1890⁹. Ce dispositif ne s'avéra cependant pas optimal¹⁰, ce qui conduisit à l'ordonnance du 5 janvier 1959¹¹ autorisant, d'une part, la création des SIVU, syndicats intercommunaux à vocation unique, dotés d'un régime de majorité qualifiée et, d'autre part, la création de SIVOM, syndicats intercommunaux à vocation

⁸ *Ibid.*, p. II-62.

⁹ Loi du 22 mars 1890 sur les syndicats de communes ajoutant un titre 8 (art. 169 à 180) à la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, *JORF*, 6 mars 1890, p. 91.

¹⁰ Mission unique et unanimité nécessaire pour la prise de décision.

¹¹ Ordonnance n° 59-29 du 5 janvier 1959 remplaçant les articles 141, 142, 143, 145, 147, 149 et 150 du code de l'administration communale relatifs aux syndicats de communes, *JORF*, 6 janvier 1959, p. 313.

multiple, aux missions plurielles. Ces SIVOM vont ainsi pouvoir être chargés des missions d'adduction d'eau, de lutte contre l'incendie, de construction et de gestion d'installations sportives, de locaux scolaires, de crèches, de maison de retraite, de transport de personnes, etc. Les communes useront largement de cette liberté.

Plusieurs autres formules verront le jour : les districts urbains¹², les communautés urbaines¹³, les syndicats d'agglomération nouvelle¹⁴ et enfin les communautés de communes de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république¹⁵ (ATR). Le passage d'une intercommunalité de service vers une intercommunalité de projet se fait ainsi sentir. L'article 66 de la loi ATR dispose d'ailleurs « le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets commun de développement au sein de périmètres de solidarité », principe introduit à l'article L. 5210-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Le régime actuel des EPCI à fiscalité propre est finalement issu de la loi du 12 juillet 1999. Il définit trois principaux types d'EPCI à fiscalité propre¹⁶ : les communautés de communes, les communautés d'agglomération et les communautés urbaines. La différence entre ces EPCI réside dans des conditions en termes de démographie mais également dans des considérations en termes d'intégration par un transfert plus ou moins important de compétences obligatoires des communes au profit des EPCI.

Les communes détiennent un pouvoir d'initiative qu'elles partagent avec le représentant de l'État dans le département en termes de création de l'EPCI à fiscalité propre, puis un pouvoir d'acceptation à la majorité qualifiée¹⁷ du périmètre proposé par le

¹² Ordonnance n° 59-30 du 5 janvier 1959 tendant à instituer des districts urbains dans les grandes agglomérations, *JORF*, 6 janvier 1959, p. 314.

¹³ Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines, *JORF*, 04 janvier 1967, p. 99.

¹⁴ Loi n° 70-610 du 10 juillet 1970 tendant à faciliter la création d'agglomération nouvelle, *JORF*, 12 juillet 1970, p. 6539.

¹⁵ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'organisation territoriale de la République, *JORF*, 08 février 1992, p. 2064.

¹⁶ Il n'existe plus que cinq syndicats d'agglomération nouvelle issus de la loi n° 70-610 du 10 juillet 1970 (*JORF*, 12 juillet 1970, p. 6539). Les districts et communautés de ville ont disparu à l'issue de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 (*JORF*, 13 juillet 1999, p. 10361).

¹⁷ L'art. L. 5211-5 (CGCT) précise cette majorité : « deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de

préfet¹⁸. Fondé sur le volontarisme des communes et au vu des résultats obtenus en termes de couverture du territoire, il paraît incontestable que l'intercommunalité répondait à une demande des communes. Cependant, le caractère facultatif affiché par les textes ne doit pas masquer la volonté étatique de création massive de groupements à fiscalité propre.

2. Une volonté d'en haut

L'objectif de l'édiction d'un dispositif permissif n'est pas de rester lettre morte. Ainsi, en votant des dispositions permettant la mise en place de groupements intercommunaux, le législateur avait l'ambition de voir émerger de tels établissements. Cependant, il n'a pas choisi un rôle passif, il a véritablement participé à l'avènement de l'établissement public de coopération intercommunal à fiscalité propre en tant que structure locale familière.

La première contrainte étatique apparaît avec la loi du 31 décembre 1966 lorsqu'il crée d'office les communautés urbaines de Bordeaux, Lyon, Lille et Strasbourg. Dans la même optique, selon le régime actuel, le préfet dispose du pouvoir d'inclure des communes qui ne souhaitent pas être membres d'un EPCI à fiscalité propre, allant à l'encontre d'un rejet du projet par une minorité.

Le caractère autoritaire de ces dispositifs n'est pas l'unique moteur de l'accompagnement étatique vers une couverture territoriale massive. En effet, des mécanismes incitatifs ont été mis en place. Les EPCI à fiscalité propre obtiennent de l'État une dotation globale de fonctionnement (DGF), tout comme les collectivités territoriales. Ce dispositif a très bien fonctionné puisque, selon la Cour des comptes, « les objectifs fixés par la loi ont été atteints en moins d'un an au lieu des cinq prévues initialement »¹⁹. Les EPCI ne doivent cependant pas être des entités de simple affichage, bénéficiaires de plein droit de ces dotations. Faut-il encore qu'ils exercent effectivement des compétences. Un autre outil incitatif entre alors en jeu : le coefficient d'intégration fiscal (CIF). Ce dernier utilise les montants des dépenses

la population totale de celles-ci, ou par la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population ».

¹⁸ Art. L. 5211-5 du CGCT.

¹⁹ COUR DES COMPTES, *L'intercommunalité en France*, Rapport au Président de la République, 30 octobre 2005, p. 36.
<http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPT/RapportIntercommun.pdf>.

effectivement effectuées par les EPCI et entre dans le calcul de la DGF. Les communes sont ainsi incitées non pas seulement à s'associer au sein d'un EPCI mais aussi à lui transférer de manière effective le plus de compétences possibles.

Mais l'ambition de l'État n'est pas celle de la création du plus grand nombre d'EPCI à fiscalité propre mais celle de la couverture totale du territoire. Elle est d'abord visible en filigrane à travers un Bulletin d'information statistique de la Direction générale des collectivités locales (DGCL) où une section du bulletin fait état, non pas du nombre de communes membres, mais des zones non couvertes²⁰. Les « bons » et « mauvais » élèves sont désignés et les causes de non-couverture sont recherchées.

De manière plus explicite, les discours tendant à l'achèvement de la couverture territoriale par les groupements à fiscalité propre sont très abondants²¹. Aussi, on en appelle désormais à une action plus autoritaire de l'État. Le Rapport WARSMANN préconise alors la « fixation d'une date butoir »²², après quoi le représentant de l'État pourrait intégrer d'office les communes isolées dans des groupements à fiscalité propre. De même, deux propositions de lois, déposées sur le bureau de l'Assemblée nationale, en novembre 2008 et en janvier 2009, vont dans ce sens²³. Cette idée est enfin reprise dans le rapport BALLADUR, dans sa « proposition 4 »²⁴.

Ces positions sont d'ailleurs corroborées par l'avis du gouvernement qui a pu déclarer que, dans le but de « créer les conditions [du] (...) développement rationnel » de

²⁰ DGCL, *BIS* n° 59 relatif à l'intercommunalité à fiscalité propre en 2008.

²¹ Voir notamment MERCIER (M.), *Pour une République territoriale...*, *op. cit.*, p. 481 ; ROZET (J.-P.), *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, *op. cit.* p. I-9 et COUR DES COMPTEs, *L'intercommunalité en France*, *op. cit.*, p. 52.

²² WARSMANN (J.-L.), *Rapport d'information sur la clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, 08 octobre 2008, Assemblée nationale, Session ordinaire 2008-2009, p. 97. Cette proposition fait l'objet de son « principe n° 8 ».

²³ Proposition loi n° 1252 facilitant la rationalisation de la carte de l'intercommunalité présentée par M. P. VUILQUE, déposée le 12 novembre 2008 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1252.asp>) et Proposition de loi n° 1401 relative à la simplification des territoires présentée par C. JACOB et déposée le 21 janvier 2009 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1401.asp>).

²⁴ BALLADUR (E.) (Dir.), *Il est temps de décider. Rapport du Comité pour la réforme des collectivités locales au Président de la République en date du 5 mars 2009*, *JORF*, n° 55, 6 mars 2009, p. 4217.

l'intercommunalité à fiscalité propre, il fallait notamment « faire disparaître les enclaves »²⁵.

La constitution de groupements à fiscalité propre venait répondre à la nécessité de réduction du nombre de communes, ainsi qu'au problème de la taille trop petite de ces communes. Cependant, la constitution d'intercommunalités en elle-même ne suffit pas toujours, encore faut-il qu'elles répondent à une taille particulière. Il apparaît dès lors une incitation à créer de grandes intercommunalités.

B. L'incitation à créer de grandes intercommunalités

En effet, les grandes intercommunalités se voient favorisées. Cette faveur s'exprime par l'existence d'une typologie particulière des EPCI à fiscalité propre ainsi que par l'encouragement de la fusion.

1. Une typologie en corrélation avec la taille de l'intercommunalité

D'abord, parmi les conditions de création des EPCI à fiscalité propre, il existe des conditions démographiques. Seule la constitution de la communauté de communes n'exige aucun seuil de population. En effet, la communauté d'agglomération doit regrouper au moins 50 000 habitants, avec une commune centre de 15 000 habitants (ou chef-lieu ou encore ville-centre du département)²⁶. Concernant la communauté urbaine, elle doit regrouper des communes formant un ensemble de 500 000 habitants²⁷, exigence absente des communautés urbaines issues de la loi de 1966.

Ensuite, de par son régime issu de la loi, chaque catégorie d'EPCI se voit attribuer des compétences de plein droit de la part des communes membres. L'étendue des compétences va alors

²⁵ Questions au ministre de l'Intérieur n° 26849, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 26 août 2008 p. 7404 ; n° 4032, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 19 juin 2008, p. 1234 et n° 13694, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 25 mars 2008 p. 2664.

²⁶ Art. L. 5216-1 du CGCT.

²⁷ Art. L. 5215-1 du CGCT.

dépendre de la catégorie de l'EPCI²⁸. Le transfert obligatoire sera le plus important au profit d'une communauté urbaine et le moins important au profit d'une communauté de communes.

La contrainte varie ainsi selon le type d'EPCI choisi. Mais, plus le statut est contraignant, plus l'État va être incitatif. En effet, à chacun de ces EPCI correspond une tranche de DGF. Ainsi, en 1999, la DGF moyenne par habitant était de 76,22 euros pour les communautés urbaines, 38,11 euros pour les communautés d'agglomération et 26,67 euros pour les communes ayant opté pour la taxe professionnelle unique²⁹. On constate ainsi que la constitution de communautés d'agglomération et de communautés urbaines est fortement incitée. La condition démographique va alors permettre la constitution de grands EPCI.

La seconde expression de la volonté étatique selon laquelle doivent être créés de grands EPCI est la promotion de la fusion.

2. La promotion de la fusion

L'article L. 5211-41-3 du CGCT, introduit par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales³⁰ (LRL), permet aux EPCI préexistants de fusionner. Le nouvel EPCI issu de la fusion appartient à la catégorie « de celui des EPCI à fiscalité propre inclus dans le projet auquel la loi a confié le plus grand nombre de compétences ». La fusion permet alors d'élever le niveau d'intégration du nouvel EPCI. Les EPCI sont financièrement incités à fusionner. Ils bénéficient d'une DGF incitative la première année de la fusion, à la fois par un CIF avantageux et par une dotation par habitant dans certains cas intéressante³¹. Cependant, les EPCI ne doivent pas utiliser cette faculté comme un dispositif d'aubaine. Aussi, la circulaire du 15 septembre 2004 rappelle que « le représentant de l'État dans le département apprécie si la fusion envisagée est opportune au regard du développement de l'intercommunalité et si cette fusion ne nuit pas au développement d'autres intercommunalités qui

²⁸ Les compétences sont énumérées aux articles L. 5214-16 (CGCT) pour les communautés de communes, L. 5216-5 (CGCT) pour les communautés d'agglomération et L. 5215-20 (CGCT) pour les communautés urbaines.

²⁹ Montants annuellement revalorisés, pour atteindre en 2007, respectivement 84,84, 43,44 et 31,75 euros.

³⁰ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF*, n° 190, 17 août 2004, p. 14545.

³¹ Art. L. 5211-32-1 du CGCT.

auraient été privées de ce fait de certaines de leurs communes membres »³². Le dernier mot revient ainsi au préfet, une fois la majorité qualifiée des conseils municipaux acquise³³.

En outre, nouveauté de la loi LRL, la mise en œuvre de ce dispositif fait l'objet d'une observation particulière de la DGCL. Sont alors publiées chaque année, sur son site, les nouvelles fusions. Cette veille ne permettrait-elle pas de désigner les « bons élèves » qui acceptent de se réunir en une assise territoriale plus grande ? Le discours irait dans ce sens. Plusieurs rapports appellent à la fusion, permettant ainsi d'obtenir des EPCI de taille critique, notamment pour avoir la capacité d'investissement correspondant aux projets envisagés³⁴. C'est donc un objectif de taille critique qui est recherché par le biais de la fusion, mais également celui d'un périmètre rationnel, auquel on s'attachera plus tard. Le sénateur P. DALLIER suggère d'ailleurs que « la rationalisation des périmètres pourrait passer par le regroupement des EPCI déjà existants »³⁵. Cet objectif n'est pas simplement doctrinal puisqu'il est affiché par le gouvernement. En effet, le ministre de l'Intérieur a pu affirmer, concernant les conditions du développement rationnel des EPCI, qu'il « s'agit principalement de faciliter les regroupements des EPCI déjà existants en recourant de manière accrue au dispositif de fusion »³⁶.

Le pilotage de l'État dans la création des EPCI à fiscalité propre et dans la constitution de grands EPCI est incontestable et il a véritablement porté ses fruits. Le territoire est désormais revêtu d'un nouveau découpage. Cependant, la mise en place de cette

³² Circulaire du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (NOR/LBL/B/04/10075/C).

³³ La fusion d'EPCI requiert les mêmes conditions de majorité que la création d'EPCI, si bien qu'une commune peut se voir incluse dans le nouveau périmètre contre son gré.

³⁴ ROZET (J.-P.), *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, op. cit., p. 1-8 ; COUR DES COMPTES, *L'intercommunalité en France*, op. cit., pp. 79 et 82 ; WARSMANN (J.-L.), *Rapport d'information sur la clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, op. cit., pp. 95-96.

³⁵ DALLIER (P.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives de l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, Session ordinaire 2006-2007, 30 octobre 2006, p. 85.

³⁶ Questions au ministre de l'Intérieur n° 26849, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 26 août 2008 p. 7404 ; n° 4032, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 19 juin 2008, p. 1234 et n° 13694, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 25 mars 2008 p. 2664.

nouvelle strate d'administration locale n'est pas innocente, elle vient servir les ambitions de l'État dans la réforme des collectivités territoriales.

II. Une recomposition territoriale au service de l'État

Le territoire des communes était, dans la majeure partie des cas, trop petit pour permettre la mise en place de projets³⁷. La commune ne disposait pas d'une assise territoriale suffisamment grande pour être le relais des politiques étatiques d'aménagement du territoire. Les EPCI, répondant à cette nécessité de la taille critique et revêtus, en principe, d'une qualité qu'est la pertinence du périmètre, peuvent ainsi devenir les « acteurs pertinents de contractualisation des politiques avec l'État ou la région »³⁸ (A.). Mais plus que des acteurs de politiques publiques, les EPCI à fiscalité propre vont être utilisés comme des entités décentralisées, attributaires de compétences, à l'instar des collectivités territoriales, dans une perspective de réforme de l'administration locale (B.).

A. La recomposition et la condition du périmètre pertinent, un bilan nuancé

Le regroupement des communes au sein d'un EPCI à fiscalité propre ne devait pas être fait de manière hasardeuse. À la différence de l'intercommunalité de gestion de services, l'intercommunalité à fiscalité propre répond à une logique de projet, le vivre-ensemble est à l'honneur et il nécessite l'établissement d'un périmètre pertinent. Cependant, alors que la constitution d'un périmètre pertinent est un objectif clairement recherché, la pratique démontre des carences importantes.

³⁷ 21188 communes comptent moins de 500 habitants, selon les statistiques INSEE, au recensement de la population municipale 2009, site DGCL.

³⁸ ROZET (J.-P.), *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, op. cit., p. I-1.

1. La recherche du périmètre pertinent, un objectif

La constitution d'un nouveau découpage territorial doit répondre à une condition de pertinence du périmètre envisagé.

Ainsi, la circulaire du 5 juillet 2001³⁹ demande aux préfets de veiller à la pertinence des périmètres lors de la procédure de création des EPCI à fiscalité propre. Le périmètre pertinent est alors défini comme « celui qui permet de répondre aux exigences de cohérence spatiale, économique, de solidarité financière et sociale auxquelles ces groupements ont pour mission de répondre. (...) La pertinence du périmètre sera appréciée non au regard de ses conséquences pour chaque commune ou ses habitants, mais au regard de l'objectif prévu par la loi de mise en œuvre au sein d'un espace de solidarité d'un projet commun de développement et d'aménagement ». L'appréciation doit donc être faite au cas par cas, aucune règle préétablie n'existe, la globalité du périmètre doit être observée. Le volontarisme des communes qui demandent à se regrouper peut être un indice de cette pertinence, mais il n'est pas suffisant dans la mesure où d'autres logiques, telles que la couleur politique et les questions d'aubaine financière, peuvent entrer en jeu. Le représentant de l'État doit donc veiller.

Une fois l'EPCI créé, il va pouvoir devenir un acteur de la politique d'aménagement du territoire, il devient un interlocuteur privilégié des régions, avant les communes. Ils vont ainsi intervenir dans la contractualisation des « pays »⁴⁰, dont les limites territoriales vont suivre celles des EPCI couverts, et des « agglomérations », lesquelles doivent être constituées en EPCI à TPU d'une certaine taille. Le découpage en EPCI répond donc à une logique de développement territorial, supposant alors un territoire pertinent.

³⁹ Circulaire NOR INT/B/01/00197/C du 5 juillet 2001 relative aux compétences des EPCI – mise en œuvre de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. Pertinence des périmètres.

⁴⁰ Pour les pays et les agglomérations, loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, 5 février 1995, p. 1973. Les dispositions de cette loi relatives aux pays ont été modifiées par les lois n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire (*JORF* 29 juin 1999, p. 9515), n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au développement urbain (*JORF*, 14 décembre 2000, p. 19777) et n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux (*JORF*, 15 avril 2006, p. 5682).

Ce territoire pertinent va cependant pouvoir sortir des limites administratives préexistantes, en dehors de celles des communes membres. Il va se reconstruire sur le terrain, en fonction de l'espace, de l'économie locale, des bassins de vie. Les limites départementales seront indifférentes, les limites régionales également. Seule l'intervention conjointe des représentants de l'État compétents sera exigé et le chevauchement des limites administratives n'a rien d'exceptionnel⁴¹. L'EPCI à fiscalité propre répond donc à un souci de pertinence du périmètre et non de limite administrative, il prend en compte la réalité du terrain, il est un échelon de proximité.

La pertinence du périmètre est ainsi une condition indubitablement affichée de l'efficacité de l'EPCI. Pourtant, entre l'objectif affirmé et le constat empirique, il existe un fossé incontestable.

2. La recherche du périmètre pertinent, une carence

Le constat de la Cour des comptes, dans son rapport de 2005, est sans appel : les périmètres ne sont pas toujours pertinents.

À qui la faute ? La Cour des comptes dénonce le laxisme de certains préfets. En effet, il revient à ces derniers d'arrêter le périmètre du futur EPCI et donc de porter un jugement sur la pertinence du périmètre envisagé. Si la progression quantitative avait largement répondu aux attentes, le souci quantitatif, dont la mise en œuvre revenait au préfet, n'était pas des moindres. Plusieurs circulaires rappellent d'ailleurs cette nécessité⁴².

Quelques préfets feront bien sûr preuve de volontarisme dans le sens de l'esprit de la loi et la Cour des comptes en donne un certain nombre d'illustrations : intégration autoritaire de communes isolées, activisme dans la couverture en EPCI et exercice du pouvoir de blocage. Mais elle précise que ces exemples restent

⁴¹ Cinquante-quatre EPCI interdépartementaux en 2006 (Question au ministre de l'Intérieur n° 82 584, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 24 octobre 2006, p. 11104. Le tableau annexé à la réponse du ministre dénombre expressément un total de 58 EPCI, mais le tableau cite, par erreur, plusieurs fois les mêmes EPCI) et quatorze EPCI interrégionaux (Question au ministre de l'Intérieur n° 82583, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 24 octobre 2006, p. 11 103).

⁴² Voir circulaire NOR/INT/B/99/00162/C du 13 juillet 1999 d'application de la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale et circulaire NOR/B/99/00258/C relative à l'application de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale (postérieure au 24 novembre 1999).

« exceptionnels »⁴³. Les préfets ont privilégié une logique d'« accompagnement juridique et pédagogique de l'intercommunalité » plutôt que celle d'une réelle recherche de périmètres pertinents d'un territoire de projet.

L'incitation financière a eu un réel impact quantitatif, et non pas qualitatif. De cette manière, il devenait inévitable de créer d'autres structures de projet « plus adaptés au regard des objectifs de développement et d'aménagement »⁴⁴, c'est alors qu'entrent en jeu les « pays ». Dans la même optique, ces incohérences territoriales peuvent être facilement constatées à partir de la survivance des syndicats de communes dans ces secteurs. À quoi bon créer des EPCI à fiscalité propre s'ils ne remplissent pas toutes les missions intercommunales du territoire ? On dénombre encore 11 373 SIVU et 1 467 SIVOM au 1^{er} novembre 2008⁴⁵. Leur maintien peut néanmoins parfois s'expliquer, c'est le cas pour les grands syndicats structurants, compétents en matière de réseaux, dans des domaines tels que l'eau ou l'assainissement. Mais ils ne devraient en aucun cas apparaître comme des « palliatifs à l'absence de pertinence des périmètres »⁴⁶. C'est désormais *a posteriori* que les autorités s'interrogent sur la manière de retrouver des périmètres pertinents. La couverture territoriale arrive à sa fin mais elle ne répond pas exactement aux attentes des gouvernants. Aussi sont intervenues des propositions dans le sens de la correction des périmètres, en donnant notamment des pouvoirs au préfet⁴⁷. Un autre chemin vers la rationalisation des périmètres est celui de la réduction massive des syndicats de communes. Les syndicats visés sont notamment ceux « n'ayant plus d'activité ou une activité marginale » et ceux dont l'activité peut être « prises en charge de manière efficiente »⁴⁸ par les EPCI à fiscalité propre.

Les territoires ainsi reconstitués en EPCI à fiscalité propre, nonobstant la pertinence de leur périmètre à parfaire, vont constituer un outil à part entière, à la faveur de l'État, d'une réforme de l'organisation administrative du territoire.

⁴³ COUR DES COMPTES, *L'intercommunalité en France*, op. cit., p. 38.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁵ Statistiques DGCL.

⁴⁶ COUR DES COMPTES, *L'intercommunalité en France*, op. cit., p. 79.

⁴⁷ DALLIER (P.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives de l'intercommunalité à fiscalité propre*, op. cit., p. 89.

⁴⁸ Question au ministre du Budget n° 10157, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 18 mars 2008, p. 2273.

B. La recomposition et la réforme territoriale, un nouvel outil

Après la mise en place de l'acte I de la décentralisation par les lois de 1982 et 1983⁴⁹, les années 1990 sont marquées par une réflexion concernant la clarification des compétences : comment mettre à mal les financements croisés, les compétences enchevêtrées, quel est le niveau pertinent d'exercice de telle compétence, comment mettre un bémol à la difficulté que constitue le nombre trop important de communes françaises et, par là, la mise en œuvre de leurs compétences, etc. ?

Aussi, l'EPCI à fiscalité propre va constituer un outil majeur de réponse à ces préoccupations. Sa dimension, son emprise géographique, vont permettre de pallier l'éparpillement communal, ramenant à lui des compétences issues « d'en bas », mais également de constituer une nouvelle entité de transferts de compétences issues « d'en haut ».

1. Une attribution de compétences issues d'en bas

La nécessité d'association était fortement ressentie par les communes. Elles ont d'ailleurs largement utilisé les facultés qui leur étaient offertes par les lois de 1890 et 1959 relatives aux SIVU et SIVOM. Puis elles se sont engagées dans la voie de l'EPCI à fiscalité propre. Les dispositifs incitatifs œuvrent alors dans le sens d'un plus grand nombre de compétences des EPCI à fiscalité propre. Revêtu de ses nouvelles compétences, l'EPCI à fiscalité propre obtient *de facto* l'allure d'une collectivité territoriale. Sa nature d'établissement public le caractérise par un principe de spécialité, mais est-il encore possible de parler de spécialité lorsqu'il exerce la quasi-totalité des compétences communales ? Des auteurs ont pu dénoncer le caractère artificiel de la nature

⁴⁹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (*JORF*, 3 mars 1982, n° 52, p. 730, rectificatif *JORF*, 6 mars 1982, p. 779), loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État (*JORF*, n° 7, 9 janvier 1983, p. 215) et loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions et l'État (*JORF*, n° 169, 23 juillet 1983, p. 2286).

juridique d'établissement public des EPCI à fiscalité propre, y voyant plutôt une forme de collectivité territoriale en puissance⁵⁰.

Face à la montée en puissance des EPCI à fiscalité propre et à l'imminence de l'achèvement de la couverture du territoire, des propositions concernant la modification du statut des EPCI ont pu être faites. Ainsi, le rapport WARSMANN suggère un « principe n° 10 » : « permettre la création d'une collectivité unique intercommunalité communes. Permettre la transformation d'une intercommunalité et de ses communes membres en une collectivité unique, à l'instar de la formule Paris-Lyon-Marseille »⁵¹.

Le comité BALLADUR a tout autant pris acte de cette évolution et s'est demandé si « le niveau intercommunal, qui allie la taille critique permettant d'investir et la proximité qui offre une vision des besoins réels des populations ne constituait pas le bon niveau d'organisation des services à la population »⁵². Il a ensuite pu envisager l'intercommunalité comme un « niveau pivot » et proposer ainsi la substitution de collectivités territoriales de plein exercice aux actuelles intercommunalités, les dotant de la clause générale de compétence et de l'autonomie financière. Les communes membres ne disparaîtraient pas mais prendraient la forme de personnes morales de droit public auxquelles seraient attribuées des compétences de proximité.

L'EPCI à fiscalité propre permet ainsi un redécoupage des territoires de proximité, palliant la faiblesse des pléthoriques communes. Mais l'EPCI à fiscalité propre dispose d'une emprise territoriale telle qu'il pourra se voir confier des compétences de la part des échelons plus élevés.

2. Une attribution de compétences issues d'en haut

D'abord, l'EPCI à fiscalité propre, en tant que groupement de collectivités territoriales, est élevé au rang d'acteur plein et entier de la décentralisation. En effet, la loi LRL s'y réfère comme bénéficiaire potentiel de certains transferts de compétences, au

⁵⁰ Voir en ce sens JOYE (J.-F.), « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », *LPA*, 16 mai 2003, n° 98, p. 4 ; LAUBADÈRE (A. de), « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 410-447.

⁵¹ WARSMANN (J.-L.), *Rapport d'information sur la clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, op. cit., p. 106.

⁵² BALLADUR (E.), *Il est temps de décider...*, op. cit., p. 10.

même titre que les collectivités territoriales. Ainsi, les groupements peuvent notamment bénéficier du transfert de ports non autonomes (art. 30), d'aérodromes civils (art. 28), d'une partie du domaine fluvial (art. 32) ou encore de monuments historiques (art. 97).

La même loi de 2004 a également permis la délégation de compétences des départements et des régions au profit des EPCI⁵³. Le ministre des collectivités territoriales a en revanche pu préciser que cette procédure de délégation ne reposait pas « sur une logique de transfert de compétences avec dessaisissement corrélatif des départements et des régions, mais sur une logique partenariale impliquant la signature d'une convention définissant notamment l'étendue de la délégation, sa durée ainsi que ses conditions financières »⁵⁴. Un tel dispositif démontre cependant la confiance en la capacité d'exercice de telles compétences par les EPCI.

Le discours prospectif va plus loin. En effet, alors qu'actuellement la délégation de compétences est subordonnée à l'accord des conseils général ou régional, la commission ATTALI propose, dans sa « Décision 260 », que les intercommunalités puissent attirer vers elles des compétences départementales, en précisant que « ce transfert sera de droit si l'intercommunalité en fait la demande »⁵⁵. Le but recherché est alors bien plus radical que la subsidiarité puisqu'il consiste à « constater en dix ans l'inutilité des départements ».

Une partie de l'opinion publique s'étant émue de l'idée de faire disparaître les départements, les rapports ultérieurs n'ont pas repris explicitement cette position. L'EPCI à fiscalité propre reste pourtant un outil pensé comme alternatif au département. En effet, selon le Rapport WARSMANN, les grands EPCI pourraient exercer les compétences du département⁵⁶. Le rapport retient alors un « principe n° 7 » suggérant « la création de métropoles en fusionnant conseil général et intercommunalité (...) [et] la transformation d'une communauté d'agglomération ou d'une communauté urbaine au poids prépondérant au sein d'un département en une

⁵³ Art. 151 de la loi LRL. Possibilité de délégation également rappelée à l'article 3-II de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, concernant les compétences du département en matière d'action sociale (*JORF*, n° 56, 7 mars 2007, p. 4297).

⁵⁴ Question au ministre des collectivités territoriales n° 81562, *JORF Assemblée nationale Débats Q.*, 7 mars 2006, p. 2427.

⁵⁵ ATTALI (J.), *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, 23 janvier 2008, p. 196.

⁵⁶ Selon le rapport, l'idée ne serait pas neuve mais déjà suggérée au milieu du XX^e siècle.

collectivité territoriale de plein exercice se substituant au département, les communes restantes pouvant être intégrées aux départements voisins avec leur accord »⁵⁷. Un projet plus abouti encore est présenté dans le rapport BALLADUR où l'émergence de telles métropoles « suppose (...) de scinder des départements existants en deux entités, avec d'une part la collectivité métropolitaine à statut particulier et d'autre part le reste du département subsistant seul sous cette forme »⁵⁸. Avec de tels dispositifs, le département n'aurait de raison d'être que dans les seules campagnes et il serait supplanté par les EPCI à fiscalité propre dans les zones urbaines.

On constate ainsi que l'EPCI, outil originellement au service des communes, a été utilisé par l'État comme nouveau découpage territorial afin d'en faire une entité de réforme de l'administration locale.

⁵⁷ WARSMANN (J.-L.), *Rapport d'information sur la clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, op. cit., p. 111.

⁵⁸ BALLADUR (E.), *Il est temps de décider...*, op. cit., p. 86.

LA PROTECTION DE L'ESPACE NATUREL PAR LE DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS

Amélie GILLOT-KARGOL, Attachée temporaire d'enseignement
et de recherche à l'Université Lyon 2

La terre est commune « comme l'est un théâtre public, qui attend que chacun vienne y prendre sa place particulière »¹. Cette comparaison, utilisée par PORTALIS, illustre la vocation de l'espace, considéré comme un espace commun, à être entièrement appréhendé par le droit de propriété. Si le territoire est, dans son unité, un objet de souveraineté non appropriable, chaque portion de l'espace le composant est, isolément, susceptible d'appropriation.

Cette approche propriétaire de l'ensemble de l'espace a été source de débats doctrinaux sur la nature de la relation unissant les personnes publiques avec certains lieux ouverts par nature à l'usage du public, ce qui s'oppose *a priori* aux droits exclusifs résultant de l'appropriation.

Le droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public, défendus par des auteurs tels que M. HAURIOU, M. WALINE ou A. DE LAUBADÈRE, sera reconnu par le Conseil d'État² puis par le Conseil Constitutionnel³ avant d'être consacré par le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques⁴. Toutefois, la domanialité publique, régime juridique exorbitant du droit commun, vient encadrer les droits subjectifs accompagnant cette reconnaissance afin de garantir la vocation et l'affectation naturellement publiques de ces lieux.

Envisager l'affectation naturelle de l'espace impose nécessairement de se pencher sur sa réalité physique et incite à distinguer les espaces, non seulement en fonction de leur affectation, mais également en fonction de leur nature et de leur fragilité. Les

¹ PORTALIS (J.-E.-M.), *Travaux préparatoires du code civil* in OST (F.), *La nature hors la loi L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 56.

² CE, 17 janvier 1923, *PICCIOLI*, *Leb.* p. 44.

³ CC, déc. n° 86-207 DC, 26 juin 1986 (*Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*), *Rec.* p. 61 ; CC, déc. n° 93-346 DC du 21 juillet 1994 (*Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*), *Rec.* p. 96 ; *AJDA* 1994, p. 786, note GONDOUIN.

⁴ Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques (*JORF*, n° 95, 22 avril 2006 p. 6024), ratifiée par la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit (*JORF*, n° 110, 13 mai 2009, p. 7920).

espaces naturels sont le plus souvent conçus comme des espaces fragiles intégrés dans des périmètres de protection issus de multiples politiques de classement, répondant ainsi à des délimitations juridiques aussi diverses qu'artificielles et restrictives. Toutefois, l'impossibilité d'encadrer l'espace naturel dans les frontières strictes et exhaustives d'une catégorie juridique, ainsi que l'éclatement des mécanismes de protection soumis à des enjeux économiques et sociaux divergents, sont sources d'un déficit d'approche globale de la politique de protection. Ces espaces se trouvent dans une position ambivalente : leur incorporation au domaine public n'est pas le fruit d'une reconnaissance de leur spécificité en tant que telle par une prise en compte de leurs qualités naturelles et des contraintes géographiques les définissant ; ils ne sont donc pas envisagés « en bloc » et, par conséquent, ne constituent pas une catégorie à part entière bénéficiant de l'impact protecteur du classement dans le domaine public des personnes publiques⁵. En accord avec une vision subjective de l'application du régime de la domanialité, l'espace naturel est appréhendé comme le support d'une affectation, au même titre que les biens constituant par ailleurs le domaine public. Par conséquent, ces espaces se trouvent éclatés entre différents modes de propriété qui, malgré l'apparente similarité, sont sources de régimes juridiques divers.

L'approche classique du droit administratif des biens s'inscrit parfaitement – nous semble-t-il – dans une distinction, proposée par C. CANS, entre le territoire juridique qu'elle définit comme « l'assise spatiale de l'exercice d'un pouvoir, d'une compétence » et le territoire réel « sur lequel les événements environnementaux font effectivement produire leurs effets »⁶. L'espace est ainsi le plus souvent envisagé sous l'angle d'une approche institutionnelle, essentiellement territoriale, et subjectiviste (en faisant abstraction du substrat naturel) qui, bien que fondamentale pour la construction de l'État tant sur le plan interne qu'international, invite toutefois au dépassement afin de distinguer les espaces non seulement en fonction de leur affectation mais également en fonction du besoin de protection inhérent à leur fragilité naturelle.

⁵ Sur ce point, voir LAVIALLE (C.), « Existe-t-il un domaine public naturel ? », *CJEG*, 1987, p. 627.

⁶ CANS (C.), « Les territoires pertinents de l'administration de l'environnement : critères et variables » in FOUCHER (K.) et ROMI (R.) (Textes rassemblés par) *La décentralisation de l'environnement : Territoires et Gouvernance*, Marseille, P.U.A.M., 2006, p. 41.

La conception juridique de l'espace serait alors influencée plus activement par sa réalité physique, amenant ainsi le droit à consacrer le territoire à la fois comme objet et sujet du régime protecteur applicable.

Le droit administratif des biens se trouve à la jonction de ces préoccupations : consacrant la propriété, il favorise la valorisation tout en maintenant parallèlement des objectifs protecteurs rigoureux (I.) ; offrant d'importantes pistes d'évolution, il permet d'envisager une approche globale de la protection des espaces naturels (II.).

I. L'espace naturel à l'aune du droit : la protection comme instrument

L'espace naturel n'est qu'indirectement l'objet de propriété publique (A.). N'étant pas appréhendés en tant que tels par le droit de la domanialité publique, ces espaces sont envisagés dans une approche avant tout propriétaire et non protectrice (B.).

A. Une approche essentiellement subjective de la protection

Conçu comme un régime juridique protecteur, le droit du domaine public, dont le principe d'inaliénabilité⁷ est le trait majeur, avait pour fonction de veiller au bon usage des deniers publics tout en offrant une base physique à l'*imperium*. Cette conception, initialement pécuniaire, de la protection a suivi l'évolution de l'orientation des politiques publiques. Actuellement de nombreux biens s'inscrivant dans une démarche strictement économique subissent un déclassement législatif ou jurisprudentiel pour ne relever que du domaine privé des personnes publiques et permettre leur valorisation. Le domaine public, toujours porteur du principe d'inaliénabilité, est désormais envisagé comme la source d'un régime juridique protégeant avant tout l'affectation publique des biens. À ce titre, le classement s'opère par incorporation liée à l'affectation d'une possession publique à l'usage du public ou à un service public, pourvu qu'en ce cas le bien fasse l'objet d'un

⁷ Consacré en droit français depuis l'Édit de Moulins enregistré par le Parlement de Paris le 13 mai 1566.

aménagement spécial (ou indispensable), et non en raison de la nature du bien.

Traditionnellement, la distinction entre domaine naturel et artificiel n'existait pas⁸. Malgré tout, même si la domanialité n'est pas construite pour les espaces naturels, elle ne les exclut pas pour autant. Aux côtés de l'affectation à l'usage du public, le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques fait référence, dans le cas des domaines maritime⁹ et fluvial¹⁰, à leur origine naturelle. Cette origine ne fonde pas une catégorie distincte au sein de la domanialité publique bien que la volonté protectrice soit marquée par l'impossibilité de toute constitution de droits réels¹¹, contrairement au régime applicable au domaine artificiel. En ce qui concerne le domaine public maritime naturel, l'origine naturelle est également prise en compte dans la procédure de classement puisque celui-ci n'a qu'un caractère déclaratif dépendant de la constatation du phénomène naturel¹² et le soustrayant ainsi au choix d'affectation du propriétaire qui ne maîtrise plus le processus ; c'est la situation de fait (liée au mouvement des eaux) qui dicte la délimitation¹³ nonobstant la volonté du propriétaire.

Pour les cours d'eau, l'entrée dans le domaine public rejoint le processus traditionnel d'affectation par décision administrative de classement. En revanche, une fois la décision de classer le cours d'eau dans la catégorie des biens domaniaux prise, la détermination de ses limites transversales résulte des phénomènes naturels. Si le phénomène naturel bénéficie donc d'une reconnaissance par le droit de la domanialité, celle-ci n'est pas suffisante pour dicter l'application du régime juridique protecteur et n'engendre pas de protection particulière.

Hormis le cas du domaine public maritime naturel, le lien entre l'application du régime de la domanialité publique et la protection des espaces naturels n'est que peu satisfaisant car il expose à un déclassement pouvant engendrer une exclusion du domaine

⁸ Sur ce point voir LAVIALLE (C.), « Existe-t-il un domaine public naturel ? », *op. cit.*, p. 628.

⁹ Article L. 2111-4 du CGPPP.

¹⁰ Article L. 2111-7 du CGPPP.

¹¹ Article L. 2122-5 du CGPPP.

¹² Article L. 2111-5 du CGPPP consacrant CE, Ass., 12 octobre 1973, *KREITMANN, Leb.* p. 563.

¹³ CE, 26 juillet 1991, *Consorts LECUYER*, n° 98212 ; *CJEG* 1992.113, concl. STIRN. Sur ce point voir également HOSTIOU (R.), « La notion de domaine public maritime naturel », *CJEG*, 1993, p. 311.

public¹⁴ et ouvrant ainsi la voie à un régime juridique moins protecteur. Pourtant, le caractère naturel de ces espaces ne questionne pas simplement des enjeux économiques en tant qu'objet de propriété, ou des enjeux d'affectation en tant qu'espace ouvert au public, mais questionne également des enjeux majeurs en raison de son unicité et de sa fragilité.

B. L'espace naturel au cœur d'une politique de valorisation de la propriété

Le domaine public est conçu comme une richesse, un objet d'exploitation. Le but protecteur de son régime juridique est donc concurrencé par une approche économique, liée à une optique propriétaire. Il est ainsi le lieu de logiques divergentes, ce qui influence le refus de classement de certains espaces dans le domaine public. Pour illustrer ces propos, la situation des forêts est particulièrement intéressante.

Historiquement, celles-ci relèvent du domaine privé des personnes publiques mais l'évolution des critères jurisprudentiels d'appartenance au domaine public (notamment l'échec du critère réducteur de l'aménagement spécial pour les biens affectés à un service public¹⁵) pouvait laisser supposer un changement de régime juridique. Les forêts sont pour la plupart aménagées pour recevoir du public et répondent à un service public ; ainsi, dans l'arrêt *ABAMONTE* du 28 novembre 1975¹⁶, la forêt a fait l'objet d'aménagements, destinés à permettre la promenade, qui ne semblent pas insuffisants au regard de la jurisprudence de l'époque¹⁷. Toutefois, malgré la consécration de l'existence d'un

¹⁴ LAVIALLE (C.), « Existe-t-il un domaine public naturel ? », *op. cit.*, p. 633.

¹⁵ CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, *Leb.* p. 375.

¹⁶ CE, Sect., 28 novembre 1975, *Office National des Forêts contre ABAMONTE*, *Leb.* p. 601 ; RA 1976.36 note MODERNE ; RDP 1976.1051 note WALINE.

¹⁷ En l'espèce les aménagements sont notamment composés d'aires de jeux, d'itinéraires fléchés, de sentiers balisés, et d'aires de stationnement ; ce qui semble acceptable au regard de CE, Sect., 30 mai 1975, *Dame GOZZOLI*, *Leb.* p. 325, dans lequel le Conseil d'État déclare que la plage bénéficie d'un aménagement spécial constitué par son entretien. Dans le même sens, dans son arrêt de Section du 5 février 1965, *Société Lyonnaise des Transports* (RDP 1965.493, concl. GALMOT), le Conseil d'État se contente de la proximité d'un garage à la gare de Perrache pour en reconnaître l'appartenance au domaine public.

service public de lutte contre les incendies de forêt¹⁸, d'un service public de conservation, du développement et de mise en valeur de la forêt¹⁹, et en contradiction avec ce mouvement général d'extension de la domanialité, le Conseil d'État ne considère pas les aménagements réalisés suffisants pour intégrer la forêt au domaine public. Cette décision, conforme à la jurisprudence traditionnelle, illustre l'optique gestionnaire dictée par une vision économique plus que par un enjeu de protection d'un espace naturel ravagé chaque année par de nombreux incendies ou catastrophes naturelles²⁰.

Si malgré tout, les forêts sont soumises à un régime juridique particulier²¹ permettant leur protection, celui-ci n'épouse pas la totalité des rigueurs de la domanialité publique et, tout comme la distinction proposée par la jurisprudence entre certaines forêts ou bois²², ne fait qu'illustrer le fruit d'un classement juridique artificiel. La situation juridique intermédiaire des forêts illustre le choix de politiques de protection éparées ne rendant pas nécessairement compte des réalités physiques, et proposant des régimes juridiques très proches²³ sans pour autant bénéficier d'une approche globale.

Plus généralement, les forêts ne sont pas le seul exemple de l'enjeu de valorisation de l'espace naturel. Cette nécessaire conciliation entre la protection du domaine et l'ouverture massive de celui-ci au public ainsi que la pratique d'activités économiquement rentables se ressent également sur des espaces relevant du domaine public. Ainsi, la domanialité offre la possibilité de valoriser certains espaces naturels au même titre que les autres biens relevant du domaine public. Si cette valorisation peut être envisagée comme une étape nécessaire pour une protection efficace, la conciliation reste parfois délicate. Toutefois, l'équation semble s'orienter en faveur de la protection de l'espace naturel. Ce phénomène est illustré aussi bien par le nouvel encadrement du régime juridique des concessions de plage, qui permet de

¹⁸ CE, 3 novembre 1950, *Consorts GIUDICELLI*, *Leb.* p. 534.

¹⁹ CE, Sect. 20 avril 1956, *Consorts GRIMOUARD*, *Leb.* p. 168.

²⁰ DAVID (C.), « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », *LPA*, 17 août 2007, p. 6.

²¹ Article L. 1 du Code forestier.

²² Certains bois sont ainsi qualifiés de promenade publique affectée à l'usage du public et aménagée pour cela : CE, 14 juin 1972, *EIDEL*, *Leb.* p. 442, au sujet du bois de Vincennes et CE, 23 février 1979, *GOURDAIN*, *Leb.* p. 78, concernant le bois de Boulogne.

²³ Article L. 3211-5 du CGPPP.

réaffirmer leur précarité et d'éviter les excès passés²⁴, que par les importantes restrictions à la pratique des sports motorisés dont l'exemple le plus marquant est celui de l'interdiction des célèbres Enduros du Touquet²⁵.

Au-delà de l'espace naturel, le milieu urbain tente d'intégrer la nature par le biais de l'espace vert artificiel pour compenser les effets de l'urbanisation. Ainsi que l'affirme J. UNTERMAIER, la nature est alors envisagée comme un équipement²⁶, ce qui renverse la conception classique de l'espace naturel pour le faire entrer dans la logique d'un usage défini préalablement à son affectation²⁷. Plus facile à manier juridiquement, l'espace perd cependant son caractère naturel.

La notion de domaine permet d'envisager l'espace dans sa visée globale avec une approche protectrice et valorisante comme le droit des biens le fait déjà avec le patrimoine des personnes publiques. Toutefois l'approche actuelle du domaine public semble trop orientée vers un aménagement de l'espace au bénéfice du droit subjectif de propriété ; l'espace est considéré comme un bien, objet de propriété, et les fluctuations de classement ne font que révéler l'impact des enjeux économiques²⁸. Cependant, même si à l'heure actuelle ce régime juridique n'apparaît pas très adapté à la protection de l'espace naturel, une évolution semble envisageable afin de remédier à cette situation en orientant la domanialité publique vers la protection de l'espace naturel²⁹ grâce à une approche renouvelée et plus objective de l'affectation.

²⁴ Article 2 du décret n°2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plages, *JORF*, n°123, 28 mai 2006, p. 7981.

²⁵ TA Lille, 5 février 2008, *Association France nature environnement contre Préfet du Pas-de-Calais* ; *AJDA* 2003.1000 concl. BAUZERAND.

²⁶ UNTERMAIER (J.), « La protection de l'espace naturel généalogie d'un système », *RJE*, 1980, p. 135.

²⁷ LE LOUARN (P.), « Du périmètre à l'espace... Une évolution attendue de la législation des périmètres sensibles (2^{ème} partie) », *RJE*, 1986, p. 208.

²⁸ INSERGUET-BRISSET (V.), *Propriété publique et environnement*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 166.

²⁹ INSERGUET-BRISSET (V.), « Le renforcement de la protection de l'environnement par l'appropriation publique, les dispositions de la loi 95-101 du 2 février 1995 », *LPA*, n°45, 14 avril 1995, p. 13.

II. Le droit à l'aune de l'espace : la protection comme finalité

Sous l'effet conjugué de la prise en compte croissante des préoccupations environnementales et des mutations de la domanialité (A.), le droit s'oriente vers une meilleure prise en compte de l'espace et de ses besoins, ce qui ouvre des perspectives intéressantes pour une domanialité en pleine mutation (B.).

A. L'espace naturel : objet d'attentions croisées

Pour rendre véritablement effectif l'éventail de mesures jouxtant la domanialité publique dans sa fonction protectrice, le juge administratif se livre à une imbrication des législations au bénéfice de l'espace. Ce constat concerne l'appropriation publique de l'espace – porte d'entrée de la domanialité publique pour des espaces fragiles en bordure du domaine public naturel – mais également, et plus largement, l'appréciation de l'utilité publique lorsqu'est en cause la protection de l'espace en question.

La jurisprudence illustre le développement d'une intégration normative au profit de la défense de l'espace naturel. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur l'historique de cette évolution, rappelons simplement que dans ses conclusions sur l'affaire *Ville Nouvelle Est* du 28 mai 1971³⁰, le commissaire du gouvernement BRAIBANT initie une approche novatrice de l'utilité publique au sein de laquelle la protection de l'espace naturel trouve progressivement sa place. Ainsi, dans un arrêt du 26 mars 1980³¹, le Conseil d'État utilise la théorie du bilan au bénéfice de l'espace naturel en condamnant la construction d'une Zone d'Aménagement Concertée en bord de plage dans une zone touristique en raison de son coup excessif lié à son emplacement chevauchant une forêt domaniale et un site inscrit à l'inventaire des sites pittoresques.

Ne pouvant nous livrer ici à un panorama complet de l'évolution des décisions du Conseil d'État dans ce domaine, nous

³⁰ CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est, Leb.* p. 409, concl. BRAIBANT. Dans son célèbre considérant de principe, le Conseil d'État affirme qu'« une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre sociaux qu'elle comporte ne sont pas excessifs, eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

³¹ CE, 26 mars 1980, *Premier ministre contre Veuve BEAU DE LOMÉNIE, Leb.* p. 171.

ne retiendrons qu'une illustration marquante. Dans son arrêt du 10 juillet 2006³², le Conseil d'État met en balance la protection du site naturel des gorges du Verdon et l'amélioration de l'alimentation électrique de la région Provence Alpes Côte d'Azur. La juridiction consacre la particularité du lieu et condamne toute forme d'atteinte à cette zone qu'elle qualifie de zone « d'intérêt exceptionnel », et ce bien que l'espace en question bénéficie déjà d'une large panoplie de législations protectrices³³ conditionnant les travaux envisagés. Malgré l'exigence de gravité de l'atteinte portée, nous voyons ainsi se redessiner le rôle du droit en matière de protection de l'espace. La jurisprudence du Conseil d'État permet d'entrevoir une appréhension globale de l'espace, remédiant ainsi à l'éparpillement des législations et comprenant le droit communautaire (puisque les gorges du Verdon bénéficient d'un classement en site Natura 2000). Cette multiplicité des sources de protection que le Conseil d'État vise et englobe sous le titre de zone « d'intérêt exceptionnel » se fait au bénéfice de l'espace naturel. Si les différentes méthodes de protection sont toutes prises en considération plutôt que d'être utilisées exclusivement en fonction de l'enjeu en cause, l'intérêt de l'espace prend le dessus sur toute réflexion strictement juridique d'indépendance des législations.

³² CE, 10 juillet 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix, de son environnement, des lacs et sites du Verdon*, n°288108, 289396, 289777 et 289968 ; *RFDA* 2006.990, note DELHOSTE ; BILLET (Ph.), « L'intérêt exceptionnel d'un site justifie l'annulation d'une déclaration d'utilité publique », *JCP A*, 30 octobre 2006, p. 1421.

³³ Les espaces sont classées depuis le décret du 26 avril 1990 comme site naturel en vertu de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque ; ils sont qualifiés d'espaces remarquables au titre de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne ; certaines espèces présentes sur le site bénéficient d'une protection particulière en vertu de l'article L. 411-1 du Code de l'environnement ; le parc du Verdon est qualifié de parc naturel depuis 1997 et de site Natura 2000 depuis un arrêté du 3 mars 2006.

B. De la perspective - utopique ? - d'un renversement des conceptions : un droit pour l'espace

Selon L. DUGUIT, les biens existent car ils ont une fonction et non car ils ont un propriétaire³⁴. S'inscrivant dans cette logique, la question du rôle de l'appropriation publique pour la protection des espaces naturels est essentielle. Elle peut être envisagée sous différentes approches.

Dans l'optique de la domanialité, l'appropriation semble acquise puisque la propriété publique est un critère d'application du régime, critère réaffirmé par le titre même du récent code. S'impose alors la question de savoir si la propriété publique est plus adaptée que la propriété privée pour assurer la protection des espaces naturels³⁵. Il semble en effet que le Conseil d'État soit favorable à l'appropriation publique³⁶ comme dernier recours de protection ; les servitudes liées notamment aux législations diverses s'appliquant aux biens en raison de leurs particularités et grevant ainsi préalablement le droit de propriété privé sont considérées comme des éléments en faveur de l'expropriation.

Dans une deuxième approche, c'est la question de l'appropriation elle-même des espaces naturels qui doit être envisagée. L'espace naturel doit-il être considéré comme un bien susceptible d'appropriation ? La notion de patrimoine naturel utilisée par le commissaire du gouvernement BRAIBANT semble offrir une approche intéressante. Défini comme un ensemble de biens s'inscrivant dans la durée, le patrimoine implique la préoccupation de transmission³⁷. Dans cette optique, rien ne s'oppose à la consécration d'une fonction patrimoniale sur le domaine naturel entraînant une gestion dite en « bon père de famille ». La notion de patrimoine permet d'envisager l'espace naturel sous deux angles : d'une part, la transmission et la protection et d'autre part, la satisfaction de l'intérêt du propriétaire. Si l'exploitation du patrimoine naturel n'est pas remise en cause, lui adjoindre

³⁴ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 3^e édition, 1930, tome III.

³⁵ En ce sens, HOSTIOU (R.), « Note sous CE, 12 avril 1995, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres* », *AJDA*, 1995 p. 661.

³⁶ INSERGUET-BRISSET (V.), *Propriété publique et environnement*, *op. cit.*

³⁷ ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., Coll. « Quadrige », p. 1133. Sur l'idée de transmission, voir également MORAND-DEVILLER (J.), « Renforcement de la protection de l'environnement, Commentaire de la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, p. 439.

l'impératif de transmission semble être une consécration directe de l'enjeu de protection³⁸.

Au-delà d'une appropriation publique ou privée, le territoire français est qualifié de patrimoine commun de la Nation par l'article L. 110 du code de l'urbanisme, de même pour les espaces, ressources et milieux naturels par l'article L. 110.1 du code de l'environnement, ou pour l'eau par l'article L. 210-1 du code de l'environnement. Cette notion de patrimoine commun manque encore de portée juridique mais traduit la difficulté à manier l'appropriation sur des espaces difficiles à intégrer dans les catégories traditionnelles du droit (l'appropriation publique n'est pas remise en cause, elle côtoie nécessairement des choses communes que le droit rend inappropriable puisque, à nouveau, la nature de la chose n'est pas suffisante face aux concepts strictement juridiques et fictifs de propriété ou de domanialité). À défaut d'une propriété éminente de l'État (même si finalement les conceptions se rejoignent puisque la théorie de l'éminence de la propriété est liée au pouvoir d'affectation dans l'intérêt général), ce serait la Nation qui se verrait reconnaître le bénéfice d'un pouvoir d'affectation éminent transcendant la subjectivité de l'appropriation. Il est donc nécessaire de surmonter la propriété pour se concentrer sur la fonction et la destination publique du bien³⁹ – ce qui n'implique pas un retour aux débats doctrinaux sur la nature de la relation unissant les personnes publiques à leur domaine : le droit de propriété n'est pas remis en cause mais il n'est plus l'enjeu central et la propriété publique n'est plus la seule concernée. Aujourd'hui la question de savoir s'il existe des choses hors du commerce, des choses sans maître, des choses entièrement publiques ou communes, n'est plus essentielle puisque les activités commerciales s'adaptent à tous les supports. La consécration d'un patrimoine commun de la Nation présente un intérêt non négligeable. En effet, au-delà de la personnification de l'État et des collectivités et au-delà de l'aspect subjectif du droit de propriété dont il est difficile de se départir même lorsque le domaine dit public est en cause, la Nation semble permettre une forme d'approche collective (plus que publique) dénuée de subjectivité – dépassant ainsi le simple domaine national consacré par les

³⁸ ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1135.

³⁹ SAVARIT (I.), « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA*, 1998, p. 305. Sur ce point, voir également JANIN (P.), *L'espace en droit public interne*, Thèse Lyon 3, 1996.

assemblées révolutionnaires. Le lien avec la collectivité instituée est de la sorte relégué au second plan par la consécration de la notion de patrimoine commun. Qu'il s'agisse du patrimoine commun de la Nation ou de l'humanité⁴⁰, l'aspect subjectif de la propriété disparaît au bénéfice d'une analyse de l'espace lui-même, de sa fragilité. Au lieu de créer artificiellement des espaces juridiques, le droit commence à prendre en compte la réalité des espaces naturels pour compléter l'approche institutionnelle ; plus qu'un territoire objet de droit, l'espace devient alors source du droit.

Sous cette influence croissante, la domanialité publique est susceptible de connaître des évolutions favorables à la protection de l'espace en se recentrant sur la portion congrue du domaine nécessitant une protection en raison de sa fragilité et de l'impossibilité de la renouveler ou de la remplacer. Toutefois, cette approche implique de repenser en profondeur la domanialité publique. Elle ne peut être envisagée comme une nouvelle source de croissance (excessive peut-être mais c'est un débat dépassant le cadre de cet article) du domaine public, et bouscule les répartitions, se voulant initialement binaires et rigides, entre domaine public et domaine privé et entre propriété privée et propriété publique. Cette prise en compte amène nécessairement à une refonte du droit de la domanialité qui passerait par la redéfinition d'un noyau dur de biens définis notamment par leur besoin impérissable de protection.

Au-delà d'une évolution totale de la domanialité publique – qui ne semble pas envisageable alors que le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques est récent et n'a pas encore fait toutes ses preuves – la théorie de l'échelle de domanialité proposée par L. DUGUIT⁴¹ peut connaître un nouveau sursaut⁴². Celle-ci peut s'adapter à un régime juridique pensé en dehors de l'exigence

⁴⁰ « Ce qui rend exceptionnel le concept de patrimoine mondial est son application universelle. Les sites du patrimoine mondial appartiennent à tous les peuples du monde, sans tenir compte du territoire sur lequel ils sont situés. L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) encourage l'identification, la protection et la préservation du patrimoine culturel et naturel à travers le monde considéré comme ayant une valeur exceptionnelle pour l'humanité. Cela fait l'objet d'un traité international intitulé Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adopté par l'UNESCO en 1972. » <http://whc.unesco.org/fr/apropos/>.

⁴¹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 351.

⁴² En ce sens, voir DAVID (C.), « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », *op. cit.*, p. 11.

de propriété publique en instaurant un régime protecteur applicable indistinctement à des biens appartenant à des personnes privées, à des personnes publiques, et relevant indifféremment de leur domaine public ou privé, ou à des choses insusceptibles d'appropriation. Nous rejoignons ainsi l'échelle d'exorbitance proposée par J.-M. AUBY⁴³, dépassant les catégories binaires et découplant inaliénabilité et domaine public.

Cette nouvelle approche de la domanialité permettrait de garantir la protection des espaces naturels indépendamment de toute considération propriétaire⁴⁴ (celle-ci cessant d'être un préalable à l'application du régime de la domanialité).

Le droit administratif des biens peut ainsi révéler toutes ses potentialités dans une approche renouvelée de cette branche du droit orientée désormais vers un droit des biens et espaces publics et permettant à la construction juridique de l'espace de mieux prendre en considération sa réalité naturelle. La protection du patrimoine naturel peut donc s'avérer être l'enjeu d'une refonte du droit, consolidant un peu plus la passerelle existant entre le droit privé et le droit public afin de permettre aux espaces naturels de bénéficier de l'exorbitance juridique nécessaire à leur protection indépendamment de toutes autres considérations. En offrant à la protection des espaces fragiles un droit orienté vers l'intérêt particulier de ces espaces, et non vers d'artificielles catégories juridiques, une approche finaliste du droit de la domanialité publique permettrait une vision globale de l'affectation publique et de la protection des biens, des choses et des espaces. Cette démarche, bénéfique pour l'espace naturel, s'inscrit dans l'optique d'une modification de l'appréhension des territoires au niveau local, européen ou international.

⁴³ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE*, 1958, pp. 35 et s.

⁴⁴ OST (F.), *La nature hors la loi L'écologie à l'épreuve du droit*, *op. cit.*, p. 69. Nous rejoignons ici les biens qualifiés par Véronique INSERGUET-BRISSET de « biens environnement », in *Propriété publique et environnement*, *op. cit.*, p. 21.

**L'ESPACE COMME FRONTIÈRE, LA
TERRITORIALITÉ DU DROIT**

LES FRONTIÈRES DE L'ESPACE EUROPÉEN À L'AUNE DU CAS DE CHYPRE

Vahit POLAT, Doctorant à l'Université Jean Monnet
de Saint-Étienne

Malgré la division de l'île depuis 1974¹, Chypre en qualité d'État a été admis au sein de l'Union européenne le 1^{er} mai 2004. Les relations entre Chypre et la Communauté économique européenne puis l'Union européenne ont suivi un long cheminement, s'étalant de la première demande d'association en 1962 à l'admission au sein de l'Union en 1^{er} mai 2004. Le 19 décembre 1972, une fois que le Traité relatif à l'adhésion du Royaume-Uni fut signé, un accord d'association entre la République de Chypre et la CEE a été conclu sur la base de l'article 238 CEE. Cet accord cadre, en vigueur le 1^{er} juin 1973², prévoyait l'établissement d'une union douanière en deux étapes³. Bien que l'accord d'association ne prévoyait pas expressément l'adhésion à terme de l'île d'Aphrodite, le 4 juillet 1990 la République de Chypre a déposé une demande d'admission au nom de l'île toute entière. Néanmoins ne voulant pas emporter en son sein le conflit chypriote, la Communauté Economique Européenne avait pris soin de préciser lors de l'approbation de la candidature de Chypre que l'intégration de l'île devait suivre un règlement équilibré et durable du problème chypriote⁴. Par la suite, elle a

¹ Le 15 juillet 1974 un coup d'état fomenté contre Monseigneur MAKARIOS par la junte militaire au pouvoir en Grèce visant à accélérer le rattachement de l'île à la Grèce (*Enosis*), incite la Turquie à intervenir sur l'île afin d'éviter l'*Enosis* et garantir la sécurité des Chypriotes turques. Quelques jours plus tard, la chute de la junte militaire à Athènes, conduit à la disparition du régime établi par le coup d'état. Alors que des négociations avaient débutés, la Turquie a effectué une nouvelle intervention sur l'île. Cette opération a causé la partition continue de l'île et le déplacement de quelque 200.000 Chypriotes grecs vers le sud de l'île. Contrairement à la première intervention qui a été accueillie avec tolérance, la deuxième intervention a été désapprouvée très fermement par la Communauté internationale. Voir HAKKI (M.M.), « *The Cyprus issue : a documentary history, 1878-2007* », London, IB Tauris, Londres, 2007, 664 p.

² Accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la République de chypre *JOCE*. n° L. 133, 21 mai 1973, p. 2-86

³ Art. 2 de l'Accord, préc. Sur ce point voir ANTONIOU (A.), « L'Union douanière entre la CEE et Chypre : une nouvelle expérience en vue », *RMC*, n°311, 1987, p. 607.

⁴ NEDELICHEVA (A.), « Chypre, la partition à l'aune de l'adhésion... ou le contraire ? », *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 424.

également indiqué que « l'ouverture des négociations serait liée au progrès à réaliser dans le règlement du conflit »⁵.

Ce n'est que le 4 octobre 1993, le Conseil a adopté l'avis de la Commission européenne qui conditionne l'admission de la République de Chypre au règlement du problème de la partition de l'île. Mais le conditionnement de l'admission par la réunification allait être progressivement écarté. En effet, la Turquie soutenait qu'une solution viable et idéale à la partition de l'île nécessitait son intégration simultanée à celle de Chypre. De son côté, la Grèce menaçait d'opposer son veto à l'admission des pays d'Europe centrale et orientale ainsi que Malte. Le 6 mars 1995, le Conseil européen tenant compte de cette situation, obtenait la levée du veto de la Grèce sur l'établissement d'une Union douanière avec la Turquie en contrepartie de la promesse d'entamer les négociations d'admission avec Chypre six mois après la conférence intergouvernementale de 1996⁶.

Mais ce n'est que les 10 et 11 décembre 1999, lors du Conseil européen d'Helsinki, que la conditionnalité de l'adhésion de Chypre a été totalement levée. Le Conseil tout en soulignant qu'un « règlement politique facilitera l'adhésion de Chypre à l'Union Européenne » a indiqué que si aucun règlement n'est intervenu au moment de l'achèvement des négociations d'adhésion, la décision relative à l'adhésion sera prise sans que le règlement de la partition constitue pour autant une condition préalable⁷. Toutefois, insistant sur le fait que cette décision n'était pas immuable, le Conseil n'a pas manqué de préciser que pour arrêter sa décision il tiendra compte de tous les éléments pertinents⁸. Bien que l'admission de Chypre ne soit plus conditionnée au règlement politique du conflit, le Conseil rappelle sans cesse sa préférence pour l'intégration d'une île réunifiée⁹.

Le 12 décembre 2002, le Conseil européen de Copenhague a confirmé l'accession de Chypre à l'Union européenne avec les PECO et Malte tout en encourageant le règlement global du problème chypriote sur la base du plan de réunification proposé par

⁵ Commission européenne, « Le défi de l'élargissement. Avis de la Commission européenne sur la demande d'adhésion de la République de Chypre », *Bull. UE*, supplément, 5/93, p. 17. Cité par NEDELICHEVA (A.), *ibid.*, p. 424.

⁶ *Bull. UE*, 3-1995, points 1, 4 et 60 bis.

⁷ *Bull. UE*, 12-1999, p. 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ Conseil européen de Séville, 21-22 juin 2002, Conclusions de la présidence, points 24 et 25, *Bull. UE*, 6-2002, p. 11.

le Secrétaire général des Nations Unies. Le Conseil a en outre précisé qu'en l'absence d'un règlement global du problème chypriote jusqu'au 28 février 2003 l'application de l'acquis dans la partie nord de l'île sera suspendue¹⁰.

Malgré de longues négociations, les parties n'ont pu parvenir à un accord. Le Traité d'adhésion a été signé entre le gouvernement chypriote et l'Union européenne à Athènes le 16 avril 2003. Le protocole n°10 annexé au traité d'adhésion a prévu qu'en l'absence de règlement global du conflit chypriote jusqu'au 1^{er} mai 2004, l'acquis communautaire serait suspendu dans la partie septentrionale de l'île, nonobstant l'intégration de l'ensemble du territoire chypriote sous juridiction communautaire.

En effet, l'article 299 § 1 du Traité CE¹¹ définissant le champ d'application territorial du Traité CE prévoit que l'ensemble du territoire chypriote est sous juridiction communautaire. Toutefois l'article 1^{er} du protocole n° 10 concernant Chypre, annexé à l'acte de d'adhésion de 2003 prévoit quant à lui que « l'application de l'acquis est suspendue dans les zones de la République de chypre où le gouvernement chypriote n'exerce pas un contrôle effectif »¹². En outre, seule une décision du Conseil à l'unanimité peut décider de la levée de la suppression.

La ligne de démarcation séparant le territoire chypriote est donc devenue, *de facto*, la nouvelle frontière extérieure de l'Union. La communauté chypriote turque reste quant à elle en marge de l'Europe bien que l'accession de Chypre concerne l'ensemble du territoire et de la population de l'île, l'application de l'acquis communautaire étant seulement suspendue dans la partie nord.

Depuis l'adhésion de Chypre à l'Union européenne, les frontières externes de l'Union européenne se sont déplacées en méditerranée orientale. Cependant, en l'absence de règlement du conflit, le risque de consolidation de la partition de l'île aura des conséquences sur la délimitation du territoire communautaire (II.) puisque pour la première fois, l'Union se trouvera face au danger de voir ses frontières se déplacer dans le sens d'une contraction de son territoire. Ainsi eu égard à la situation de l'île il était nécessaire

¹⁰ Conseil européen de Copenhague, 12-13 décembre 2002, Conclusions de la présidence, *Bull. UE*, 12-2002.

¹¹ Voir aussi les articles 52 TUE et 355 TFUE.

¹² *JOCE*, n° L 236 du 23/09/2003 p. 955.

de dégager des solutions appropriées au problème chypriote afin de ne pas isoler davantage la partie Nord de l'île¹³ (I.).

I. Des aménagements nécessairement appropriés au problème chypriote

Prenant acte de l'absence de règlement de la partition, le Conseil instaure un véritable régime dérogatoire¹⁴ du droit communautaire au nord de l'île puisque l'application de l'acquis y est suspendue (A.). Cependant, ne désirant pas confiner le Nord, le Conseil adopte des solutions provisoires pour favoriser la libre circulation (B.).

A. La suspension de l'Acquis communautaire jusqu'au règlement du conflit

Replacée dans le contexte général du conflit chypriote et de la perspective de l'adhésion de la République de Chypre, l'Union ne pouvait que constater la situation existante sur l'île et adopter les ajustements qui permettent de gérer provisoirement le problème de la division de l'île. Comme le souligne le professeur KLEBES-PELISSIER, les règles prévues par le protocole n°10 sont donc nécessairement *ad hoc*¹⁵ et adaptées à la situation eu égard à l'absence de règlement du conflit.

Le protocole institue un régime dérogatoire au droit communautaire pour la partie septentrionale. Ainsi, compte tenu de

¹³ En 1983, quelques années après l'intervention de l'armée turque, se mettait en place au nord de l'île un État fédéré chypriote turc. Le 15 novembre 1983, les autorités de cette entité ont déclaré unilatéralement la création d'un État indépendant sous le nom de « République turque de Chypre Nord » (RTCN). Cette déclaration a été condamnée par l'ensemble de la communauté internationale. Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 541 du 18 novembre 1983, a considéré cette déclaration juridiquement nulle et a appelé tous les États à ne pas reconnaître l'entité sécessionniste. Aujourd'hui la RTCN est reconnue par la seule Turquie. Voir : S. SUVARIEROL, « La Question de l'Adhésion de Chypre à l'Union Européenne et le Problème de la République Turque de Chypre du Nord », *Cemoti*, n° 31.

¹⁴ BOZKAYA (A.), *Le statut de Chypre nord en droit communautaire*, Mémoire de Master, Paris X Nanterre la Défense, 2008, p. 63.

¹⁵ KLEBES-PELISSIER (A.), « L'adhésion de la République de Chypre à l'Union européenne », *RTDE*, n°3, 2003, pp. 457.

la division de l'île en deux entités distinctes, le protocole conforte une situation bien ancrée et reste en adéquation avec la position traditionnelle de la Communauté internationale¹⁶. Le protocole tire les conséquences de la jurisprudence *ANASTASIOU*¹⁷ de la Cour de Justice puisqu'il rappelle l'argumentation de la Commission et du Gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire *ANASTASIOU* qui se fondant sur un avis de la C.I.J.¹⁸ mettait en exergue qu'une politique de non-reconnaissance ne peut aller jusqu'à dénier à une partie de la population les avantages découlant du traité¹⁹. Ce régime applicable au territoire chypriote diffère de l'expérience allemande²⁰. En effet, bien que les États occidentaux ne reconnaissent que le gouvernement de l'Allemagne de l'Ouest comme le seul gouvernement légitime de toute l'Allemagne, la République Fédérale d'Allemagne (RFA) n'exerçait pas sa juridiction sur le territoire de la République Démocratique d'Allemagne (RDA). Par conséquent, le droit communautaire ne pouvait que s'appliquer sur le territoire sous la juridiction de la RFA. En revanche, l'ensemble du territoire chypriote se trouve sous juridiction communautaire mais, compte tenu de la situation de la division de l'île et de la non reconnaissance sur la scène internationale de la RTCN²¹, l'acquis communautaire est temporairement suspendu au nord de l'île.

¹⁶ *Ibid.*, p. 457.

¹⁷ CJCE, *Anastasiou I*, 5 juillet 1994, Affaire C-432/92, Rec. I, 1994, p. 3087 ; CJCE, *Anastasiou II*, 4 juillet 2000, Affaire C-219/98, Rec. I, 2000, p. 5241 ; CJCE, *Anastasiou III*, 30 septembre 2003, Affaire C-140/02, Rec. I, 2003, p. 10635. Voir BERRAMDANE (A.), « Chypre entre Adhésion à l'Union européenne et réunification », *RDUE*, n°1, 2003, p. 107.

¹⁸ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J., *Recueil 1971*, p. 16.

¹⁹ KLEBES-PELLISSIER (A.), « L'adhésion de la République de Chypre à l'Union européenne », *op. cit.*, p. 453.

²⁰ HOFFMEISTER (F.), *Legal Aspects of the Cyprus Problem: Annan Plan and EU Accession*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, p. 208.

²¹ Le Conseil de sécurité a considéré cette déclaration créant la RTCN « juridiquement nulle », a appelé tous les États ne pas reconnaître sur l'île aucun État autre que la République de Chypre et a demandé à tous les États « de s'abstenir de faciliter ou d'aider, de quelque manière que ce soit, l'entité sécessionniste ». En ce sens voir la Résolution du Conseil de sécurité 541 (1983) du 18 novembre 1983 et la Résolution du Conseil de sécurité n° 550 (1984) du 11 mai 1984. Pour une analyse détaillée du cas chypriote voir TALMON (S.), *La non reconnaissance collective des États illégaux*, Paris, Pedone, 2007, pp. 44 et suivantes.

La suspension de l'acquis communautaire ne contrevient pas aux règles du droit international public, puisqu'en vertu de l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités il est tout à fait possible d'invoquer une impossibilité d'exécuter provisoirement les obligations découlant du Traité afin de demander la suspension de celui-ci s'il existe une situation rendant impossible son exécution. L'article 1§1 traduit donc l'application du droit des traités à une situation particulière²².

L'article 2 § 1 du protocole prévoit quant à lui que le « Conseil définit les conditions dans lesquelles les dispositions de la législation de l'Union européenne s'appliquent à la ligne de démarcation ». En vertu de l'article précité, le Conseil adopta le 29 avril 2004 le Règlement 866/2004²³ concernant le régime juridique de la ligne de démarcation et les modalités de franchissement de cette ligne par les personnes et les marchandises. Ce Règlement précise que la ligne de démarcation ne constitue pas une frontière extérieure²⁴ de l'Union européenne mais qu'il incombe en premier lieu à la République de Chypre de fixer quelles marchandises, services et personnes sont autorisés à la franchir puisque les zones susmentionnées se trouvent temporairement en dehors du territoire douanier et fiscal de la Communauté ainsi que de l'espace de liberté, de justice et de sécurité. Cependant, l'article 10 du Règlement confère à la Commission européenne la faculté de surveiller la politique suivie par la République de Chypre. En réalité, il s'agit d'une cogestion de la ligne de démarcation entre le gouvernement de Chypre et la Commission²⁵.

Le Conseil rappelant à chaque occasion son souhait de voir l'île de Chypre réunifiée, il était donc nécessaire de mettre en place un régime facilitant autant que possible les relations commerciales et économiques mais aussi permettant aux citoyens de l'Union européenne d'exercer leur droit à la liberté de circulation à l'intérieur de l'Union européenne, de définir les règles minimales

²² HOFFMEISTER (F.), *Legal Aspects of the Cyprus Problem...*, op. cit., pp. 207-208.

²³ Règlement (CE) n° 866/2004 du Conseil du 29 avril 2004 concernant un régime en application de l'article 2 du protocole n° 10 de l'acte d'adhésion de 2003, *JOCE*, n° L 161 du 30/4/2004, pp. 128-143.

²⁴ Considérant n°4.

²⁵ BERRAMDANE (A.), « Chypre et l'Union européenne » in AGAPIOU-JOSEPHIDES (K.), ROSSETO (J.), *Chypre dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 56.

permettant d'effectuer les contrôles des personnes à la ligne de démarcation et d'assurer une surveillance effective de cette ligne.

B. Des solutions provisoires en matière de libre circulation par crainte d'une reconnaissance de la RTCN

La volonté des parties précéda l'admission de l'île en matière de libre circulation des personnes. En effet, le 23 avril 2003 les autorités de la RTCN ont décidé, comme signe de bonne volonté, d'ouvrir unilatéralement des points de passage sur la ligne de démarcation. En réponse à ce geste, le gouvernement chypriote a adopté une politique autorisant le franchissement de la ligne de démarcation par tous les citoyens de la République, les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers résidant légalement dans la partie nord de l'île²⁶. Le règlement de la ligne de démarcation reprend donc des règles qui visent principalement au maintien de la situation présente²⁷.

Toutefois, la ligne de démarcation peut être franchie aux seuls points de passage fixés par les autorités compétentes de la République de Chypre²⁸. Le règlement 866/2004 charge, par ailleurs, la République de Chypre de soumettre à des contrôles toutes les personnes qui franchissent la ligne de démarcation, afin de lutter contre l'immigration illégale de ressortissants de pays tiers, ainsi que de détecter et de prévenir toute menace à l'ordre et à la sécurité public²⁹.

Si pour régler la libre circulation des personnes le Conseil adopta un règlement se fondant sur une situation existante, en matière de libre circulation des marchandises, le problème se pose de manière différente puisque le règlement doit établir un mécanisme juridique pour promouvoir le commerce et les relations économiques entre les deux portions du territoire d'une part, et entre la RTCN et l'ensemble des États membres d'autre part. En effet, au regard de la jurisprudence *Anastasiou* de la Cour de justice, les marchandises en provenance de la partie Nord de l'île ne pouvaient pénétrer directement sur le marché communautaire.

²⁶ Considérant n°6 du règlement n° 866/2004.

²⁷ BOZKAYA (A.), *Le statut de Chypre nord en droit communautaire*, op. cit., p. 76.

²⁸ Au terme de l'article 9 du Règlement 866/2004, La Commission peut, en accord avec le gouvernement de Chypre, modifier les annexes du règlement qui fixe notamment les points de franchissement de la ligne de démarcation.

²⁹ Article 2§1 du Règlement n°866/2004.

Déterminée à mettre fin à l'isolement économique du nord, l'Union européenne permet, l'introduction de marchandises dans les zones dans lesquelles le gouvernement de la République de Chypre exerce un contrôle effectif, à condition que ces marchandises soient entièrement obtenues dans les zones où le gouvernement de la République de Chypre n'exerce pas un contrôle effectif³⁰. De son côté, le Règlement 1480/2004 du 10 août 2004³¹ fixe les conditions de circulation des marchandises arrivant au nord de l'île et entrant dans les zones contrôlées par la République de Chypre.

Conscient que la possibilité de faire circuler les personnes et les marchandises entre les deux portions du territoire ne permettrait que partiellement de mettre fin à l'isolement de la Communauté chypriote turque, le Conseil prend acte des résultats des référendums du 24 avril 2004 et du souhait clairement exprimé de la communauté chypriote turque d'avoir un avenir au sein de l'Union européenne. Il rappelle sa volonté de faciliter la réunification de Chypre tout en encourageant le développement économique de la communauté chypriote turque. À cette fin, le Conseil invite la Commission à présenter des propositions visant à intégrer économiquement l'île et à faciliter les contacts entre les deux communautés³². Suivant les recommandations du Conseil, la Commission européenne présente deux propositions de règlement portant d'une part, sur la création d'un instrument de soutien financier visant à encourager le développement économique du nord de l'île ; et d'autre part, sur le commerce direct avec la partie nord de l'île.

Le règlement sur l'aide financière³³ n'a pas réellement suscité de controverse juridique puisqu'il se fondait sur l'article 3 du protocole n°10 autorisant l'adoption de mesures visant à améliorer le développement économique du Nord. Nonobstant la nécessité

³⁰ Article 4§1 du Règlement n°866/2004.

³¹ Règlement (CE) n° 1480/2004 de la Commission du 10 août 2004 définissant les règles spécifiques applicables aux marchandises arrivant des zones dans lesquelles le gouvernement de Chypre n'exerce pas de contrôle effectif et entrant dans les zones dans lesquelles ce gouvernement exerce un contrôle effectif. *JOCE*, n° L 272 du 20/08/2004 pp. 3-10.

³² 2576ème session du Conseil (Affaires générales), Bruxelles, le 26 avril 2004.

³³ Règlement (CE) n°389/2006 du Conseil du 27 février 2006 portant création d'un instrument de soutien financier visant à encourager le développement économique de la communauté chypriote turque et modifiant le règlement (CE) n° 2667/2000 relatif à l'Agence européenne pour la reconstruction, *JOCE*, n° L 65 du 7/3/2006, pp. 5-8.

d'une coopération entre la Commission et les autorités de la RTCN pour le versement de l'aide, il n'y a pas lieu de craindre une reconnaissance éventuelle de la RTCN puisque le Conseil souligne que le règlement sur l'aide financière ne vise pas à prévoir implicitement la reconnaissance du nord de l'île³⁴. Ces précisions ayant été apportées, le gouvernement de la République de Chypre n'a pas réellement contesté le règlement.

Toutefois, en ce qui concerne le règlement sur le commerce direct, l'opposition du gouvernement Chypriote fut plus vive. En effet, la proposition de la Commission européenne vise à faciliter le commerce direct entre le Nord de l'île et les autres États membres en instaurant un régime préférentiel pour les produits originaires de la RTCN qui entrent sur le territoire communautaire sans transiter par le sud de l'île. La Commission fonda sa proposition de règlement sur l'article 133 du Traité CE, qui est un instrument des relations extérieures de la Communauté. Cet article 133 CE est le fondement de centaines d'accords commerciaux conclus par la Communauté avec des États tiers. En outre, l'adoption d'un règlement sur le fondement de cet article ne requiert que la majorité qualifiée au sein du Conseil.

Craignant une reconnaissance implicite de la RTCN, la République de Chypre s'oppose très vivement à l'adoption de ce règlement. Elle fait valoir que l'article 133 CE est utilisé comme fondement pour les accords commerciaux avec des États ou territoires se situant en dehors du territoire douanier communautaire. Or, en l'espèce, malgré une suspension de l'acquis communautaire au nord de l'île, Chypre dans son ensemble fait partie du territoire douanier communautaire. Le gouvernement chypriote soutient que le commerce direct avec le nord de l'île entraîne la levée de la suspension de l'acquis communautaire, et que par conséquent seul l'article 1 § 2 du protocole n°10 qui requiert l'unanimité au sein du Conseil, doit servir de fondement au règlement sur le commerce direct. Suite à l'opposition très ferme de la République de Chypre, le règlement sur le commerce direct n'a pu être adopté. Ainsi, la situation chypriote ne génère pas seulement des effets sur l'application du droit communautaire sur un espace. Elle produit aussi des effets sur le territoire communautaire puisque, contrairement aux attentes, l'admission de l'île au sein de l'Union européenne n'a pas nécessairement fait office de catalyseur pour la réunification.

³⁴ Voir en ce sens le Considérant n°10 du Règlement n° 389/2006, préc.

En tout état de cause, suite à l'accession de Chypre à l'Union européenne se pose la question de savoir si cette adhésion peut être appréhendée comme un vecteur pour l'unification ou au contraire constitue un risque de consolidation de la partition.

II. La portée de l'adhésion de Chypre sur la délimitation du territoire communautaire

Bien qu'envisagée comme un moyen d'accélérer le règlement du conflit, l'adhésion de l'île emporte le risque de renforcement de la partition (A.), ce qui entraînera des changements sur la délimitation du territoire communautaire (B.).

A. Les risques de consolidation de la partition

Malgré les attentes, l'admission de l'île à l'Union européenne n'a pas, à l'heure actuelle, fait office de catalyseur et les perspectives de réunification semblent être lointaines³⁵. L'Union européenne paraît donc privée de moyens pour combler le retard économique dont souffre la partie Nord de l'île, tant en raison de l'incompatibilité de la division avec le système juridique communautaire visant à la libre circulation des personnes et des marchandises qu'en raison de l'opposition de la République de Chypre³⁶ au commerce direct avec la partie Nord. Ce blocage de la situation, dû principalement à cette volonté de non reconnaissance de la RTCN, peut demeurer source de tension politique au sein de l'Union et freiner les efforts de règlement tout comme à certains égards, la position de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁷ qui semble dans certains cas reconnaître l'effectivité des actes de la RTCN.

³⁵ En septembre 2008, les représentants des deux communautés chypriotes ont relancé des discussions en vue de régler le problème de la partition de l'île. Dans l'hypothèse d'un accord, celui-ci devra être soumis à un double referendum.

³⁶ NEDELICHEVA (A.), « Chypre, la partition à l'aune de l'adhésion... ou le contraire ? », *RGDIP*, 2007, n° 2, p. 431.

³⁷ KLEBES-PELLISSIER (A.), « L'adhésion de la république de Chypre à l'Union européenne », *op. cit.*, p. 462.

La Cour européenne des droits de l'Homme, le 18 décembre 1996, dans une décision *LOIZIDOU c/ Turquie*³⁸ souligne l'absence de qualité d'État de la RTCN, tout en ne reconnaissant aucune validité aux actes de celle-ci. Toutefois en 2001, dans une affaire interétatique opposant Chypre et la Turquie³⁹, bien que le juge de Luxembourg insiste sur l'extra-territorialité des obligations de la Turquie au regard Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, il précise que les juridictions établies par la RTCN peuvent être considérées comme des recours internes dont l'épuisement préalable est requis. Ce point est source de confusions puisqu'il reconnaît implicitement l'effectivité des autorités de la République Turque de Chypre Nord⁴⁰. Autrement dit, reconnaître la validité des décisions juridictionnelles reviendrait à admettre la légalité de l'ordre juridique de la RTCN et de manière subséquente les règles constitutionnelles l'organisant⁴¹.

Mais d'autres évolutions risquent de conduire à une consolidation de la partition de l'île. En effet, des considérations plus sociologiques et sociétales laissent aussi craindre que le *statu quo* a conduit à un divorce des esprits entre les deux communautés. Celles-ci vivent de plus en plus dos à dos, mêmes les échanges sur la ligne de démarcation ont permis aux deux communautés de circuler dans l'autre zone. Par ailleurs, plus le temps et les générations passent, plus la partition se consolide. Les jeunes générations de moins de trente ans n'ont aucun souvenir de la cohabitation et la réunification ne représentera pas le retour à une situation vécue mais une expérience nouvelle⁴².

Ce risque de consolidation de la partition aurait pour conséquence un déplacement des frontières extérieures de l'Union résultant de la création d'une nouvelle entité étatique qui ne pourra être membre de l'Union européenne.

³⁸ C.E.D.H., *LOIZIDOU c/ Turquie*, n° 15318/89, 18 décembre 1996, *Rec.* 1996-VI. Voir : G. COHEN-JONATHAN, « L'affaire *LOIZIDOU* devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Quelques observations », *RGDIP*, 1998, pp. 123 et suivantes.

³⁹ C.E.D.H., *Chypre c/ Turquie*, n° 25781/94, 10 mai 2001, *Rec.* 2001-IV. Voir note sous *JDI*, n°1, 2002, pp. 289 et suivantes.

⁴⁰ KLEBES-PELLISSIER (A.), « L'adhésion de la République de Chypre à l'Union européenne », *op. cit.*, p. 463.

⁴¹ Voir note sous *JDI*, n° 1, 2002, pp. 289 et suivantes.

⁴² ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport d'information sur « l'évolution de la République de Chypre depuis son adhésion à l'Union européenne », n° 3458, déposé le 22 novembre 2006, p. 20.

B. La délimitation des frontières extérieures de l'Union contrainte par l'occupation du nord de Chypre

Ainsi, l'analyse du cas Chypriote invite à nous interroger, d'une part, sur l'application différenciée du droit de l'Union sur le territoire communautaire, et d'autre part, sur le concept de frontière. Le territoire des États membres, et en particulier le territoire chypriote, est une réalité hétérogène, composite et extrêmement mouvante. Certaines portions de ce territoire sont elles-mêmes contestées en raison à la fois de facteurs historiques, politiques, géopolitiques mais aussi économiques, sociologiques.

Le droit de l'Union prend en considération tous ces facteurs et ces diversités pour aboutir à une application très différenciée sur l'ensemble du territoire communautaire, d'autant que ce territoire est sans véritable consistance matérielle puisque cette consistance matérielle renvoie au territoire des États membres^{43&44}. Le territoire communautaire relevant du territoire des États membres la Communauté ne peut que prendre acte d'une situation locale pour définir le champ d'application matérielle et l'effectivité du droit communautaire. Ainsi en est-il pour Chypre qui, bien qu'ayant adhéré à l'Union dans son ensemble, voit l'application de l'acquis communautaire suspendue dans la partie septentrionale de l'île. Sans oublier que la Communauté s'efforce dans ses relations juridiques d'éviter tout acte pouvant aboutir à la reconnaissance de la RTCN.

Le droit communautaire a malgré tout des effets sur le territoire des États membres, dans la mesure où celui-ci a, d'abord pour objet d'effacer les barrières *interétatiques*⁴⁵ et même dans certains cas des barrières *infra-étatique*, puisque depuis l'adhésion de l'île le droit communautaire s'efforce, dans la mesure du possible, de pénétrer au Nord de l'île et donc de faire disparaître implicitement la « ligne » qui scinde le territoire chypriote.

Cette ligne de démarcation, n'est pas *de jure* reconnue comme une frontière. Or la frontière correspond à ce que le professeur BLUMANN appelle le « point d'expiration » d'une ou deux

⁴³ GAUDIN (H.), « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE*, 2003-2004, n° 1, p. 13.

⁴⁴ Sur ce point voir les articles 299 TCE et les articles 52 TUE et 354 et 355 TFUE.

⁴⁵ GAUDIN (H.), « Diversité et évolution des champs d'application... », *op. cit.*, p. 14.

souverainetés⁴⁶. Par ailleurs, les frontières peuvent être appréhendées comme des constructions réalisées en un temps historique donné, dans une certaine situation géopolitique et stratégique⁴⁷. Ainsi, au regard de la situation chypriote, la ligne de démarcation n'est-elle pas le point *d'expiration de la souveraineté* de la République de Chypre ?

Bien que le gouvernement de la République de Chypre n'exerce aucun contrôle effectif au-delà de la ligne de démarcation, celle-ci ne constitue pas, à l'heure actuelle, une frontière extérieure de l'Europe. Cependant, si les efforts de règlement du conflit n'aboutissent pas et que la partition de l'île se pérennise, cette « ligne » se transformera inéluctablement en frontière. Cette situation atteste que d'un point de vue politique et historique les frontières de l'Europe portent la marque de la division et des conflits⁴⁸.

L'étude du cas Chypriote illustre parfaitement la complexité de la détermination du champ d'application territorial du droit communautaire, puisque ce dernier doit coexister⁴⁹ avec les ordres juridiques nationaux et dans certains cas des ordres juridiques d'entités non reconnues.

⁴⁶ BLUMANN (C.), « Frontière et limites » in *Colloque de Poitiers, La Frontière*, SFDI, Paris, A. Pedone, Paris, 1980, p. 9.

⁴⁷ FOUCHER (M.), « *L'invention des frontières* », Fondation pour les études de défense nationale, Paris, 1987, p. 130.

⁴⁸ ROBIN-OLIVIER (S.), BERGE (J.-S.), « L'Union européenne : La question des frontières », in chronique n° V « Les frontières du droit communautaire (1^{ère} partie) », *LPA*, 4 novembre 2005, n° 22, p. 3.

⁴⁹ GAUDIN (H.), « Diversité et évolution des champs d'application... », *op. cit.* p. 9.

ESPACE ET TERRITOIRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Guillaume PROTIÈRE, Maître de conférences
à l'Université Lyon 2

« La terre est (...) liée au droit. Elle le porte en elle (...). Le droit est terrien et se rapporte à la terre. (...) La *mer* ne connaît pas de telle unité évidente entre espace et droit, entre ordre et localisation. (...) La mer est libre. Cela signifie d'après le droit des gens moderne que la mer n'est pas un territoire étatique et qu'elle doit rester également ouverte »¹ aux activités des États. En ouvrant sa généalogie du droit des gens par l'opposition entre les acceptions² juridiques de la terre et de la mer, Carl SCHMITT éclaire à la fois les enjeux de l'apparition du *jus gentium* moderne (l'organisation des rapports interétatiques en stabilisant la terre et en organisant leur cohabitation sur la mer) et ses fondements : le terrestre, assimilé à l'État, prime sur le maritime (espace libre de cohabitation). Il offre ainsi au lecteur un aperçu des ambivalences de la question territoriale en droit international et rappelle que le droit international s'est construit en partie pour organiser l'opposition entre territoire et espace.

Le territoire est donc une question fondamentale des relations internationales. Le droit international s'étant structuré à partir du fait étatique³, le support de celui-ci y trouve logiquement une place particulière. Bien plus, le territoire apparaît en fait comme le principal élément constitutif de l'État, celui à l'aune duquel les autres sont envisagés. Ainsi, la souveraineté en droit international est essentiellement conçue dans son pendant territorial⁴. Davantage que le titulaire, c'est en effet le champ de validité territoriale qui caractérise la souveraineté en droit international, c'est-à-dire le

¹ SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 2001, p. 48. L'auteur souligne.

² Le terme « régime » juridique ne convient pas exactement à ce qu'entend C. SCHMITT. C'est pourquoi malgré les critiques que l'on peut lui adresser, nous lui préférons celui d'« acception » qui rend mieux compte que SCHMITT oppose les représentations de la terre et de la mer par le droit ; la différenciation des régimes juridiques de ces deux types d'espaces n'arrive que dans un second temps, comme conséquence de ce premier point.

³ *Vapeur Wimbledon*, Arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I., Série A, n° 01.

⁴ Voir en ce sens, les propos de Max HUBER, *Îles de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)*, Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 838.

territoire pour lequel un pouvoir institutionnalisé sous la forme d'État peut prétendre *effectivement* imposer son commandement. L'État semble alors instituer son territoire par le pouvoir qu'il y applique. En cela, le territoire est nécessairement une aire close, *a priori* terrestre, dont les limites sont celles de l'effectivité de la puissance étatique. L'État peut parfois être tenté d'accroître son territoire selon l'idée que sa puissance est proportionnelle à l'espace occupé. L'État conquérant se heurte alors à l'autre État, générant tensions, si ce n'est conflits, dont le dépassement implique retour à la stabilité territoriale. Le territoire apparaît ainsi comme une monade fondamentale, participant de la stabilisation des relations internationales. Les questions territoriales ne se cantonnent toutefois pas à des rapports de force et des litiges frontaliers. Ceux-ci en constituent évidemment une part importante (notamment parce qu'ils sont potentiellement déstabilisants et contraires aux principes fondamentaux sur lesquels se construit cette Communauté), mais il existe également des *espaces libres* propres à la Communauté internationale (la Haute mer, l'Antarctique, l'espace extra-atmosphérique...). Échappant à la domination d'un État, ces espaces sont régis par des normes internationales (conventionnelles ou coutumières). De ces premiers éléments, on peut alors stipuler, développant les caractères esquissés par C. SCHMITT, que le territoire est une *aire close soumise à un pouvoir souverain effectif* tandis que l'espace apparaît comme *une aire ouverte régie par le droit international*.

Ces définitions liminaires, auxquelles nous attribuerons valeur d'hypothèses, étant posées, il faut à présent en vérifier la pertinence afin de préciser les rapports qui s'établissent entre territoire et espace. La détermination de critères de définition devra alors classiquement permettre de distinguer les deux notions à partir d'éléments identiques, marquant ainsi tant leur point commun/différence que les rapports qu'elles entretiennent. À cette fin, nous proposons de les étudier dans la jurisprudence (entendue *lato sensu* comme comprenant à la fois les arrêts et les avis consultatifs) de la Cour internationale de Justice. Deux raisons principales nous semblent justifier ce choix. L'importance quantitative des questions territoriales dans la jurisprudence en est une première. Les affaires ayant une implication territoriale représentent en effet environ un tiers des décisions rendues par la

Cour⁵. La jurisprudence fournit donc *a priori* un corpus normatif homogène propice à la réflexion sur cette question ; d'autant que la juridiction de La Haye a entrepris de dégager, à travers une série de *dictum*, des règles générales objectives devant guider la résolution des différends territoriaux⁶ (qu'ils lui soient soumis ou qu'ils soient tranchés par une sentence arbitrale). La place particulière de la Cour dans le système juridique international en est une seconde. L'étude de la jurisprudence de la Cour permet en effet de se placer au cœur des contradictions propres à la thématique du territoire en droit international. « D'un côté, en effet, le territoire incarne l'essence même du droit relationnel, fait de souverainetés juxtaposées sur une base spatiale. De l'autre, l'intervention du juge révèle l'émergence d'un droit institutionnel s'efforçant de s'affranchir de la volonté des États au nom de la Communauté »⁷. En cela, la jurisprudence permet d'envisager les conditions d'articulation entre l'un (*le territoire, l'espace ?*) et le multiple (*les territoires, les espaces ?*) en droit international et, partant, de déterminer leurs caractéristiques propres.

Une fois ces précisions méthodologiques énoncées, nous pouvons entrer dans le vif du sujet. L'étude de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice révèle que le territoire est un espace stabilisé de pouvoir (**I.**) tandis que l'espace, de son côté, permet à la Cour d'envisager l'au-delà du territoire, qu'il s'agisse de qualifier des interstices territoriaux ou de promouvoir une aire supra-étatique commune (**II.**).

⁵ En matière contentieuse, une affaire sur trois (41 affaires sur 118 saisines) est relative à un différend territorial *lato sensu* (différends et litiges territoriaux *stricto sensu*, délimitation du plateau continental, pêcheries...) tandis qu'une saisine pour avis consultatif sur cinq (5 saisines sur 25) concerne une question territoriale.

⁶ TAVERNIER (P.), « Les différends frontaliers terrestres dans la jurisprudence de la C.I.J. », *A.F.D.I.*, XLVII, 2001, p. 138.

⁷ BALMOND (L.) in WECKEL (P.) (Dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace*, Paris, Pedone, 1998, Coll. « Contentieux international », p. 129.

I. Le territoire, un espace stabilisé de pouvoir

Saisie afin de régler des litiges territoriaux, la Cour ne peut s'émanciper du prisme étatique, qui conditionne alors substantiellement sa conception du territoire. Celui-ci est en effet l'objet de revendications étatiques que la Cour doit trancher en déterminant les conditions de la légitime prétention territoriale. La Cour se fonde alors sur les conditions d'exercice du pouvoir étatique sur la zone considérée, faisant du territoire un espace de pouvoir effectif (A.). Soucieuse de la pérennité de son œuvre et des bonnes conditions d'exercice du pouvoir ainsi consacré, la Cour affirme alors le caractère stable du territoire, second critère d'identification de cette notion (B.).

A. Le territoire, un espace de pouvoir effectif

La Cour internationale de justice connaît, ainsi qu'il l'a été mentionné, des différends territoriaux. La doctrine distingue classiquement les différends d'attribution (un même territoire est revendiqué par deux États) des différends de délimitation (deux États demandent à la Cour de dégager la frontière, ou, à tout le moins, les principes guidant la détermination de leur frontière commune). Si l'enjeu diffère alors quelque peu, les principes dégagés par la Cour illustrent un point identique : le territoire est conçu comme un espace de pouvoir. Cette qualité du territoire ressort particulièrement dans la technique juridictionnelle de détermination de l'attributaire du territoire. Toute prétention territoriale doit en effet être fondée sur un *élément de preuve de souveraineté*. Deux types de preuve, fondés sur les conditions d'exercice du pouvoir, peuvent être fournis : le *titre juridique*, première preuve, constitue un accord entre souverains pour l'octroi d'un territoire tandis que les *effectivités*, second type de preuve, tendent à prouver un exercice factuel du pouvoir sans contestation d'une autre partie.

Pour la Cour, l'élément de preuve par excellence est constitué par le titre conventionnel, ainsi que l'illustre sa décision sur le différend frontalier entre le Tchad et la Libye de 1994⁸. En l'espèce, la Libye occupait, depuis la fin des années soixante-dix,

⁸ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, Arrêt du 3 février 1994, C.I.J., *Recueil 1994*, p. 6.

une partie de territoire appartenant *a priori* au Tchad. Après quelques années d'attentisme, celui-ci finit par saisir la Cour internationale de Justice, arguant d'un traité de 1955 signé par la France, à laquelle le Tchad a succédé suite à la décolonisation. Le juge international donne en l'espèce raison au Tchad, dont l'attentisme n'est pas analysé comme une preuve de son acceptation de la situation. Le titre conventionnel lui permet alors, nonobstant toute autre considération, de récupérer les territoires illégalement occupés par la Libye. Cette décision est confirmée quelques années plus tard dans l'arrêt du 10 octobre 2002 portant sur la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria ; la Cour réaffirme en l'espèce que « dans l'éventualité où il existe un conflit entre effectivités et titre juridique, il y a lieu de préférer le titre » tandis qu'elle précise les conditions d'abandon de la souveraineté juridique pour permettre à l'effectivité de primer : le demandeur doit prouver qu'il y a eu un acte *volontaire* d'abandon (doctrine de l'« acquiescement manifeste »⁹). Le demandeur doit donc prouver qu'il existe un acte de pouvoir qui lui permet de revendiquer la souveraineté sur un territoire. Faute de quoi, ses prétentions souveraines sont annihilées par le titre juridique préexistant.

À défaut de titre, la Cour a dégagé dans l'arrêt du 22 décembre 1986 *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*¹⁰, complété par l'arrêt du 17 décembre 2002 *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*¹¹ les conditions de preuve factuelle de la prétention territoriale, à savoir les *effectivités* c'est-à-dire la manière dont le pouvoir est effectivement exercé. Dans l'affaire *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, l'Indonésie et la Malaisie revendiquent la souveraineté sur deux îles, dont la position permet d'accroître substantiellement leurs eaux territoriales. Il n'existe aucun titre juridique et les principes classiques de détermination des frontières (*uti possidetis juris* – *ut infra*) ne sont d'aucun secours à la Cour. Celle-ci va alors analyser les effectivités, c'est-à-dire les actes de souveraineté, pour trancher les prétentions sur ces îles. Il est en effet admis depuis la sentence

⁹ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée-équatoriale [intervenant])*, Arrêt du 10 octobre 2002, C.I.J., Recueil 2002, p. 353, § 68.

¹⁰ *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, Arrêt du 22 décembre 1986, C.I.J., Recueil 1986, p. 586-587, § 63.

¹¹ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, Arrêt du 17 décembre 2002, C.I.J., Recueil 2002, p. 625.

arbitrale *Île de Palmas* que « l'exercice réel, continu et pacifique des fonctions étatiques est, en cas de litige, le critérium correct et naturel de la souveraineté territoriale »¹². « Les actes de souveraineté [alors] réclamés sont ceux que l'État réalise grâce à ses pouvoirs pour atteindre ses buts, essentiellement les actes législatifs, exécutifs et judiciaires »¹³. On peut ainsi déduire de la jurisprudence¹⁴ une série d'actes de souveraineté, allant de l'activité législative¹⁵ à l'activité administrative du pouvoir central¹⁶ ou aux activités judiciaires¹⁷ et militaires¹⁸. Or, en l'espèce, la Cour considère que « les activités dont se prévaut l'Indonésie ne constituent pas des actes à titre de souverain reflétant l'intention et la volonté d'agir en cette qualité »¹⁹. Dès lors, elle ne peut lui donner raison.

Le pouvoir, compris dans ses deux manifestations de volonté de posséder un territoire et d'exercice de prérogatives de puissance publique²⁰, constitue ainsi le principal critère d'identification du territoire, dont le lien indéfectible avec l'État est confirmé. Une fois ce premier point identifié, on comprend alors mieux pourquoi la jurisprudence de la Cour tend à faire de la stabilité le second critère du territoire.

B. Le territoire, un espace stabilisé

Soucieuse de garantir à la fois la paix mondiale et des conditions satisfaisantes d'expression du pouvoir de l'État, la jurisprudence de la Cour internationale a très tôt cherché à assurer la stabilité des frontières étatiques. À cette fin, deux principes sont

¹² *Îles de Palmas*, préc., p. 840.

¹³ PERRIN (D.), « Titre conventionnel et effectivités : l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie/Malaisie) », *A.F.D.I.*, 2002, p. 341.

¹⁴ *Ibid.*, note 60.

¹⁵ *Statut juridique du Groenland oriental*, Arrêt du 5 avril 1933, C.P.J.I., Série A/B n° 53.

¹⁶ *Affaire des Minquiers et des Ecrehous*, Arrêt du 17 novembre 1953, C.I.J., *Recueil 1953*, p. 47.

¹⁷ *Droit de passage en territoire indien (fond)*, Arrêt du 12 avril 1960, C.I.J., *Recueil 1960*, p. 6.

¹⁸ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; [Nicaragua intervenant])*, Arrêt du 11 septembre 1992, C.I.J., *Recueil 1992*, p. 351.

¹⁹ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, préc., p. 683, § 141.

²⁰ PERRIN (D.), « Titre conventionnel et effectivités... », *op. cit.*, p. 340.

particulièrement utilisés. Dès l'avis consultatif du 21 novembre 1925 dit « Affaire de Mossoul », la Cour permanente de Justice internationale affirme ainsi le *principe de la stabilité des frontières* en consacrant le caractère « précis, complet et définitif »²¹ de la frontière. Ce principe est repris par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Temple de Preah Vihear* du 15 juin 1962, affirmant que « d'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter *une solution stable et définitive* »²². Faute de cette qualité, la frontière serait en effet frappée d'une précarité telle qu'elle lui ôterait toute pertinence et intérêt. « "Définir" un territoire signifie [en effet] définir ses frontières »²³. Aussi, si les frontières n'étaient pas définitives et stables, c'est l'existence même du territoire qui serait remise en cause ! Et partant, les conditions de l'État... On imagine les conséquences d'un tel jeu de domino, *a priori* contraires à l'orientation de la jurisprudence de la Cour...

Aussi, celle-ci accorde-t-elle une attention particulière aux conditions de stabilité de la frontière (et donc du territoire). En ce sens, elle applique ce principe à l'ensemble des limites territoriales, et non pas seulement aux frontières terrestres. Dans l'*affaire du Plateau continental de la mer Égée*, opposant la Grèce et la Turquie (arrêt du 19 décembre 1978), la Cour estime qu'il en est ainsi pour les limites du Plateau continental : « Qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une limite de plateau continental, l'opération de délimitation entre États voisins est essentiellement la même : *elle comporte le même élément inhérent de stabilité et de permanence* »²⁴. La Cour introduit ici un élément de stabilité commun aux différentes aires d'application du pouvoir étatique, illustrant ainsi qu'au-delà du territoire, c'est l'État qu'elle entreprend de stabiliser.

Le principe de l'*uti possidetis juris*, c'est-à-dire « le principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation »²⁵, est le second instrument utilisé par la Cour pour garantir la stabilité des

²¹ Art. 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak), Avis consultatif du 21 novembre 1925, C.P.J.I., Série B, n° 12, p. 20.

²² *Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, Arrêt du 15 juin 1962, C.I.J., Recueil 1962, p. 34. Nous soulignons.

²³ *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, préc., p. 26, § 52.

²⁴ *Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, Arrêt du 19 décembre 1978, C.I.J., Recueil 1978, p. 36, § 85.

²⁵ *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, préc., p. 564, § 19.

frontières. En transformant les limites administratives entre anciennes provinces colonisées en frontières internationales²⁶, ce principe permet d'appliquer les règles de succession d'États et d'éviter que la décolonisation conduise à une série de revendications territoriales. La dimension stabilisante de l'*uti possidetis juris* est explicitée par la Cour dans l'arrêt *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, lorsqu'elle présente les deux éléments de l'*uti possidetis juris* : « le premier, mis en relief par le génitif latin *juris*, accorde au titre juridique la prééminence sur la possession effective comme base de souveraineté », le second réside dans « le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance »²⁷. Le dispositif tend ainsi à consacrer le *statu quo* territorial. La Cour précise alors les implications de sa position, notamment au regard du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (alors compris comme un droit à « disposer d'un espace où [les peuples] peuvent organiser leur vie et donner libre cours à leur génie »²⁸), qu'elle semble substantiellement tempérer au profit de l'*uti possidetis juris* (principe jugé plus conservateur par une partie des observateurs et de la doctrine²⁹). Pour la Cour si « ce principe de l'*uti possidetis juris* heurte de front en apparence celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes [...] en réalité le maintien du *statu quo* territorial en Afrique apparaît souvent comme une solution de sagesse. C'est le *besoin vital de stabilité* pour survivre, se développer et consolider progressivement leur indépendance dans tous les domaines qui a amené les *États africains* à consentir au respect des limites ou frontières coloniales et à en tenir compte dans l'interprétation du principe d'autodétermination des peuples »³⁰. Au-delà de cette décision, dont la philosophie fut parfois dénoncée, la jurisprudence a également suscité la critique de la doctrine, qui lui reproche d'être trop détachée de la réalité factuelle, historique et géographique dans son appréciation des territoires. Ainsi, dans l'arrêt du 11 septembre 1992, la Cour mentionne des éléments

²⁶ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; [Nicaragua intervenant])*, préc., p. 380, § 28.

²⁷ *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, préc., p. 566, §§ 23-24.

²⁸ WECKEL (P.), in WECKEL (P.) (Dir.), *Le juge international et l'aménagement de l'espace*, op. cit., p. 30.

²⁹ Ainsi que le rappelle par exemple, MEYER HEINE (A.), « Le principe d'effectivité », in WECKEL (P.) (Dir.), *ibid.* p. 39.

³⁰ Résumé de l'arrêt *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, p. 216. Nous soulignons.

concrets (notamment la densité de population) mais affirme aussitôt s'en détacher car ils n'ont pas de portée juridique³¹. Seuls les titres ou les effectivités (mais sous conditions) valent. *In fine*, l'*uti possidetis juris* apparaît comme la consécration de l'ordre hérité de la colonisation, bien que la Cour admette que les frontières puissent être modifiées par un traité ou par décision d'un juge³². Mais, on retrouve là le régime commun des frontières³³ et non une particularité de l'*uti possidetis juris*.

La Cour internationale de Justice dessine *in fine* un territoire stable qui stabilise les espaces terrestres. Les conditions territoriales d'expression de la souveraineté sont ainsi réifiées, la jurisprudence confirmant que le territoire est conçu comme une aire terrestre close d'expression du pouvoir étatique. Ce faisant, la Cour travaille alors à garantir la stabilité des États et, partant, de la Communauté internationale. À l'opposé, la notion d'espace permet à la Cour de se détacher du prisme étatique au profit d'une perspective générale mieux assumée.

II. L'espace, d'un « non-lieu » à un territoire commun ?

A *contrario* du territoire que son caractère fermé permet d'identifier assez facilement, l'espace apparaît au contraire comme un « non-lieu »³⁴, c'est-à-dire une aire conçue de façon essentiellement négative³⁵. L'espace serait donc ce qui n'est pas territoire. Force est de constater que celui-ci modèle pour une large part celui-là, tant à travers la méthode utilisée pour le définir que par ses critères d'identification. Le droit international remplace alors le droit étatique, faisant de l'espace une aire ouverte régie par

³¹ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; [Nicaragua intervenant])*, préc., p. 396, § 58.

³² *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; [Nicaragua intervenant])*, préc., p. 401, § 67.

³³ DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7^e éd., pp. 466-470.

³⁴ AUGÉ (M.), *Non-lieux, Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Paris, Seuil, 1992.

³⁵ En ce qu'elle est triplement dépourvue d'identité, d'histoire et de relation ; RICAUD (P.), « Du paradis aux "non-lieux" : panorama historique de l'ailleurs », in LARDELLIER (P.) (Dir.), *Des cultures et des hommes. Clés anthropologiques pour la mondialisation*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques sociales », 2005, p. 40.

un droit commun (A.). La Cour a parfois tenté de surmonter les apories de la construction précédente en promouvant une conception désétatisée de l'espace permettant un dépassement du territoire au profit de la Communauté internationale ; elle n'y est toutefois pas pleinement parvenue (B.).

A. L'espace, une aire ouverte soumise à un droit commun

Le territoire ne pouvant suffire à rendre compte de l'ensemble des situations « spatiales », la Cour recourt à d'autres notions pour qualifier les zones qui ne peuvent être subsumées sous cette notion. Il s'agit essentiellement d'espaces aquatiques, qu'ils soient « maritimes »³⁶ ou fluviaux³⁷. Le point commun de ces aires tient alors dans leur régime juridique. À l'opposé du territoire, soumis à la volonté souveraine d'un État, les espaces sont régis par des normes multilatérales. Ainsi, dès l'arrêt *Détroit de Corfou*, la Cour consacre le caractère coutumier du principe de libre navigation sur les espaces maritimes³⁸. Au-delà de son territoire, l'État ne peut donc pas arguer de sa souveraineté pour justifier son comportement et se trouve, au contraire, astreint à des obligations internationales pouvant engager sa responsabilité³⁹. L'espace maritime, aire commune, est ainsi régi par un droit d'origine collective. Il en va ainsi pour l'ensemble des zones communes ou partagées⁴⁰. La Cour a récemment précisé ce point dans un arrêt portant sur un différend relatif à des droits de navigation sur une partie du fleuve San Juan, servant de frontière entre le Nicaragua et le Costa-Rica. En l'espèce, les deux États ont signé une convention bilatérale (1858) qui admet la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve tout en

³⁶ *Délimitation maritime en Mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, Arrêt du 3 février 2009, C.I.J., § 110. On peut alors relever que, en matière d'espaces maritimes, la jurisprudence distingue entre les zones provisoires dont la Cour use pour régler les différends qui lui sont soumis et les espaces maritimes *stricto sensu*, résultat du processus de délimitation mis en œuvre par le juge (*ibid.* §§ 115-122).

³⁷ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa-Rica c. Nicaragua)*, Arrêt du 13 juillet 2009, C.I.J., §§ 30 et suivants.

³⁸ *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J., *Recueil 1949*, p. 22.

³⁹ Voir pour un exemple l'arrêt *Détroit de Corfou*, préc.

⁴⁰ On peut opposer ces deux types de zones en fonction du nombre d'États acteurs. Alors que le droit applicable à une zone commune est d'origine multilatérale, il n'est que bilatéral ou plurilatéral pour les zones que nous qualifions de « partagées ».

reconnaissant la libre navigation des bateaux de commerce costariciens sur la partie commune. Les deux États, s'opposant sur la portée de leurs droits conventionnels respectifs, saisissent la Cour ; le Nicaragua souhaite en effet se comporter en souverain effectif (notamment en termes de contrôle d'accès à la zone partagée) tandis que le Costa-Rica entend étendre au maximum la liberté de navigation de ses navires. La réponse du juge est alors un modèle d'articulation entre souveraineté et droits des autres États sur un espace considéré. En effet, si la Cour admet la souveraineté du Nicaragua, elle en limite immédiatement la portée en lui interdisant d'instaurer des visas ou de mettre en œuvre de trop nombreux contrôles dans la zone au motif de la contrariété de ces actes avec le traité de 1858. Elle l'incite par ailleurs à consulter le Costa-Rica dans l'élaboration de la réglementation de la zone commune, mais réaffirme la souveraineté effective du Nicaragua sur le reste du fleuve⁴¹. La partie du fleuve San Juan régie par la Convention de 1858 constitue ainsi un espace bilatéral tandis que le reste du fleuve demeure soumis à la souveraineté nicaraguayenne ; on peut alors opposer les deux aires à raison de leur régime juridique, en distinguant l'espace commun, régi par un droit bilatéral et le reste du fleuve, intégré au territoire du Nicaragua et donc soumis au seul droit de cet État. L'exemple du fleuve San Juan montre ainsi que les deux notions – espace et territoire – peuvent s'appliquer sur une même réalité naturelle ; la réalité spatiale est marquée par une continuité (chaque aire est soit un espace, soit un territoire), qui impose l'articulation de ces deux notions.

À cette fin, la Cour a affirmé que « la terre domine la mer »⁴², révélant ainsi le primat du territoire sur l'espace dans la jurisprudence et la gradation des territoires et des espaces en fonction du type de pouvoir (et donc du droit) qui s'exerce sur eux. La définition jurisprudentielle des espaces maritimes étatiques illustrent parfaitement cela. La Cour affirme ainsi que pour la mer territoriale, « les droits de l'État côtier dans la zone concernée *ne sont pas fonctionnels mais territoriaux* et impliquent souveraineté sur le fond de la mer, les eaux surjacentes et l'espace aérien surjacent »⁴³ tandis que « le droit de l'État riverain sur son plateau

⁴¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa-Rica c. Nicaragua)*, préc., §§ 133 et suivants.

⁴² *Délimitation maritime en Mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, préc., § 77.

⁴³ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, Arrêt du 16 mars 2001, C.I.J., *Recueil 2001*, p. 93, § 174. Nous soulignons.

continental a pour fondement la souveraineté qu'il exerce sur le territoire dont le plateau continental est le prolongement naturel sous la mer »⁴⁴. *A contrario*, la zone économique exclusive n'étant pas une zone de souveraineté⁴⁵, l'État ne peut que l'exploiter et non se l'approprier. L'espace s'oppose ainsi doublement au territoire par la limitation de la souveraineté qu'il induit (traduite dans son impossible appropriation) et sa soumission à des normes internationales. La Cour exprime très nettement cela quand elle refuse d'assimiler une frontière maritime « délimitant le plateau continental et les zones économiques exclusives [...] à une frontière d'État séparant des territoires. La première définit les limites des zones maritimes dans lesquelles les États côtiers détiennent, en vertu du droit international, certains droits souverains à des fins précises. La seconde définit les limites territoriales de la souveraineté de l'État »⁴⁶.

Le passage du territoire à l'espace paraît ainsi marqué par un progressif effacement du pouvoir de l'État au profit d'une aire commune, où les différents États cohabitent pacifiquement et librement. Alors que la souveraineté impose le caractère clos du territoire, son absence fait au contraire de l'espace une aire ouverte, commune ou partagée, au sein de laquelle un droit commun s'applique.

B. L'espace, un moyen de promouvoir un territoire mondial du droit ?

Parallèlement à cette conception géographique, la Cour a construit un espace propre au droit international et déconnecté des considérations territoriales. Il ne s'agit plus alors de déterminer des espaces et des territoires en fonction du degré de pouvoir étatique mais de dépasser ce pouvoir en dégagant des normes dont le champ de validité équivaut à la Communauté internationale. Espace et territoire se fondent alors dans un nouvel espace du droit : la Société internationale. Dès son avis consultatif du 28 mai

⁴⁴ *Plateau continental de la Mer du Nord (RFA/Pays-Bas ; RFA/Danemark)*, Arrêt 20 février 1969, C.I.J., *Recueil 1969*, p. 29, § 39.

⁴⁵ *Délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée-Bissau*, Sentence arbitrale du 14 février 1985, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 194, § 124, repris in *Affaire de la délimitation de la frontière maritime de la région du Golfe du Maine*, Arrêt du 12 octobre 1984, C.I.J., *Recueil 1984*, p. 246.

⁴⁶ *Délimitation maritime en Mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, préc., § 217.

1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour affirme ainsi que « les principes qui sont à la base de la Convention [des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »⁴⁷, avant d'admettre la valeur *erga omnes* des droits et obligations contenus dans la Convention⁴⁸. Plus récemment, la Cour a fait de même à propos du droit des droits de l'homme et des principes du droit humanitaire en considérant, dans son avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, « qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales (...) [... qu'elles] s'imposent [...] à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, [et] constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »⁴⁹, avant d'en déduire, dans son avis consultatif *Mur en Palestine* (2004), que ces règles « incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes* »⁵⁰. Ces normes étant déconnectées de considérations territoriales (au sens étatique du terme), un nouvel espace d'application du droit s'ouvre alors. Un dernier avis consultatif renforce cette orientation de la jurisprudence. La Cour a en effet recouru à la notion d'espace pour affirmer une obligation générale des États en matière d'environnement. Selon elle, « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien *l'espace* où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. [Ainsi], l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement »⁵¹. Cette décision marque ainsi

⁴⁷ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J., *Recueil 1951*, p. 23.

⁴⁸ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, Arrêt du 11 juillet 1996, C.I.J., *Recueil 1996*, § 31.

⁴⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J., *Recueil 1996*, p. 257, § 79.

⁵⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J., *Recueil 2004*, p. 136, § 157.

⁵¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., pp. 241-242, § 29. Nous soulignons.

une évolution notable en vue d'une conception plus concrète, plus tangible de l'espace.

D'une manière générale, la jurisprudence de la Cour renouvelle l'articulation entre espace et territoire au profit d'un nouvel échelon, la Société internationale. Ce faisant, elle introduit une rupture entre ces deux notions, le premier s'émancipant du second. Le « domaine de validité spatiale »⁵² des normes ainsi affirmées n'est en effet plus conditionné par des considérations étatiques et le territoire n'est plus un élément prégnant de leur définition. En réservant un nouvel espace au droit de la Société internationale, le juge modifie les conditions spatiales de son application et semble favoriser l'émergence d'un nouvel espace *déterritorialisé* du droit.

La dimension territoriale rattrape toutefois assez vite ce nouvel espace du droit. La promotion d'un construit *hors-sol* pose en effet la double question de l'application et de l'efficacité des normes. Si ce nouvel espace normatif entend dépasser (ou limiter) la souveraineté de l'État, il doit trouver un pouvoir qui lui permette de le faire. Il doit en ce sens trouver les moyens de sa territorialisation, c'est-à-dire qu'il doit acquérir une dimension instituante basée sur des mécanismes permettant de concrétiser, à un niveau supra-étatique, les normes de portée mondiale qui le compose et qu'il entend promouvoir. À défaut de ceux-ci, l'espace du droit ainsi affirmé risque de demeurer sans consistance, ni conséquences réelles. Sans pouvoir apte à en garantir l'efficacité, utiliser le droit pour définir un espace (fut-il normatif) n'apparaît en effet guère opératoire. Faute pour ces normes de trouver un organe capable de rivaliser avec les États souverains, l'apparition d'un nouvel espace normatif international ne devrait donc pas déboucher sur l'émergence d'un véritable territoire mondial du droit. La promotion d'un espace du droit propre à la Société internationale se heurte ici à l'ontologie territoriale du droit⁵³, qui le conduit, faute d'éléments territoriaux propres à en garantir l'efficacité (et donc une certaine matérialité), à demeurer un *soft law*. Débarrassé de tout ancrage territorial, l'espace s'évanouit ainsi dans une abstraction impropre à lui permettre de devenir une aire d'application du droit efficace et effective. L'opposition entre

⁵² Pour reprendre l'expression utilisée dans la sentence arbitrale *Détermination de la frontière maritime (Guinée-Bissau/Sénégal)*, RGDIP, 1990, p. 253, § 63.

⁵³ Sur cette qualité, voir PONTIER (J.-M.), « La problématique du territoire et du droit », in DOAT (M.), LE GOFF (J.), PÉDROT (P.) (Dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, P.U.R., Coll. « L'Univers des Normes », 2007, p. 39.

territoire et espace apparaît ainsi clairement comme une opposition des conditions d'expression du pouvoir au sein de la Communauté internationale. La faiblesse de l'espace mondial du droit s'explique alors par la place centrale des États dans la jurisprudence de la Cour et dans la structuration du droit international.

Au final, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice fait du territoire et de l'espace un couple notionnel, construit autour des conditions d'expression du pouvoir y inhérentes. Parallèlement, le juge de La Haye, à travers l'affirmation d'un véritable espace normatif international censé aboutir à la progressive émergence d'un territoire mondial du droit, travaille au renouvellement des notions étudiées. Or, la Cour ne parvient pas à dégager des fondements territoriaux suffisamment forts pour parvenir au terme de son entreprise. Le dépassement de la conception étatiste du territoire achoppe ainsi à raison même des qualités de ce dernier consacrées par la Cour dans sa jurisprudence. Le chemin vers un véritable espace mondial du droit appelle en conséquence, de la part de la Cour internationale de Justice, la conquête de nouveaux territoires...

**LE DROIT AU-DELÀ DU TERRITOIRE,
L'EXTRA-TERRITORIALITÉ**

**COMPÉTENCE UNIVERSELLE ET PIRATERIE
MARITIME. VERS UN ALIGNEMENT DU RÉGIME DE
COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE PIRATERIE SUR CELUI
DES AUTRES CRIMES INTERNATIONAUX ?**

Mathilde PHILIP-GAY, Maître de conférences
à l'Université Lyon 3

La compétence universelle fait partie de ces idées qui se donnent pour dessein de créer l'un des phénomènes décrits par Boris VIAN dans sa pièce la plus sombre : *Bâtisseurs d'empire ou le Schmürz*. L'auteur imagine le destin terrible d'un père, d'une mère, de leur fille et de leur bonne, auxquels s'ajoute le souffredouleur des autres: « le Schmürz ». Cette famille, poursuivie par un bruit atroce est contrainte, pour lui échapper, de déménager d'étages en étages, de plus en plus petits, jusqu'à se réfugier dans une pièce minuscule. L'espace est vaste, mais le territoire est – de fait – de plus en plus restreint.

La lutte contre l'impunité des crimes les plus intolérables pour le droit international, comme la torture, s'apparente à cette logique. L'impunité cède du territoire à la compétence. Mais elle garde un lien fondamental avec l'espace...

La piraterie est généralement présentée comme le premier acte ayant justifié l'exercice de la compétence universelle. Pourtant, la piraterie est en perpétuelle évolution. Ce sont d'abord les méthodes employées par les bandits des mers qui ont changé. Pour reprendre les termes de Pascal POLERE¹, ce ne sont plus « des marins aux longs cours écumeurs de mers » parcourant les océans pour trouver quelques proies. Désormais les personnes se livrant à des attaques, contre les navires, opèrent le plus souvent à partir des côtes, en bandes organisées, profitant de la complaisance ou de la faiblesse de certaines autorités locales. Ce ne sont pas seulement les méthodes des pirates qui évoluent ; les zones où leurs actes se concentrent sont également mouvantes. Les deux principaux foyers de la piraterie sont traditionnellement l'Asie, ainsi que les eaux au large de la Côte-est de l'Afrique et du golfe d'Aden. Néanmoins, à l'intérieur de ces foyers historiques, les lieux où se déroulent les attaques changent.

¹ POLERE (P.), « La piraterie maritime aujourd'hui », *Le droit maritime français*, mai 2005, n° 659, p. 387.

Ainsi, il y a quelques années, le détroit de Malacca en Asie était l'une des zones les plus dangereuses au monde en raison de la piraterie². Toutefois, au moment où nous écrivons, d'après le dernier bulletin d'information du Centre de surveillance du Bureau maritime international (B.M.I.), qui compare le premier semestre 2009 au premier semestre 2008, l'Indonésie doit être félicitée pour avoir quasiment fait disparaître la piraterie dans le détroit de Malacca ; un seul cas seulement ayant été recensé entre janvier et mars³.

En revanche, toujours selon cette même source, les attaques de navires au large de la Somalie et du golfe d'Aden ont décuplé au cours du premier trimestre 2009 par rapport à 2008. Certes, les chiffres du B.M.I. sont souvent réputés être incomplets en raison de la répugnance des armateurs à déclarer les attaques, aux conséquences moindres, afin de ne pas voir leur prime d'assurance augmenter. Néanmoins, selon ces chiffres, 34 navires ont été attaqués – dont 9 capturés – et 29 ont reçu des coups de feu les trois premiers mois de l'année 2009. Ces trois derniers mois, 178 marins ont été pris en otages, deux tués et neuf blessés dans la même zone.

Si la piraterie évolue, il n'en est pas vraiment de même, en apparence, de la répression de ce type d'actes. En principe, il n'y a pas de police universelle exercée en commun par des États. En principe toujours, aucun État n'exerce non plus la police en haute mer, aucun État ne pouvant « légitimement prétendre soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté »⁴. La compétence est celle de l'État dont le navire bat pavillon, par l'intermédiaire de ses navires de guerre. Exercer effectivement « sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon » fait d'ailleurs partie des obligations de l'État du pavillon en vertu de l'article 94 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982⁵. La compétence de l'État du pavillon a pu être décrite, comme une compétence territoriale, parce que le navire représentait une portion du territoire de l'État. Mais cette explication a été

² En 2003, 445 actes de piraterie ont été recensés dans le détroit de Malacca, 92 marins sont morts ou portés disparus et 359 ont été pris en otages.

³ Les cas étaient déjà limités à 5 en 2009.

⁴ Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer signée à Montego-Bay le 10 décembre 1982, article 89.

⁵ Entrée en vigueur la 16 novembre 1994.

généralement abandonnée⁶. La compétence des autorités du pavillon est une compétence personnelle, c'est-à-dire fondée sur la nationalité⁷, à la fois : active, lorsque la personne qui a commis l'infraction est ressortissante de l'État, et, passive, lorsque la victime est de la nationalité de l'État. Quant à la compétence réelle, elle autorise un État à juger les crimes qui portent atteinte à ses intérêts fondamentaux.

La piraterie représente précisément la seule véritable exception à ce principe de la compétence de l'État du pavillon. En la matière, la règle coutumière codifiée par la Convention sur le droit de la mer⁸, est celle d'une compétence universelle. En vertu de l'article 105 de la Convention : « Tout État peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'État qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger, ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne le navire, l'aéronef ou les biens, réserve faite des tiers de bonne foi ». Par conséquent, en haute mer – ou dans les espaces ne relevant de la juridiction d'aucun État – tout État est compétent pour appréhender et sanctionner les pirates, sans qu'aucun lien personnel ou territorial ne soit exigé avec les faits illicites.

Or, la constatation est unanime : le régime juridique de la piraterie n'est pas satisfaisant. La définition qui est donnée par la Convention de 1982 est notamment trop restrictive pour rendre efficace la répression de ces actes. Le droit international applicable restreint l'espace de réalisation de l'acte et d'appréhension des pirates à la haute mer ou aux zones sous juridiction d'aucun État. Or, la stratégie de ceux qui s'attaquent à des navires en haute mer

⁶ On la retrouve parfois pourtant sous la plume de certains auteurs (Voir, par exemple, POISSONNIER (G.), « Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français », *Rec. Dalloz*, 2008, n° 30, p. 2097 et suivantes).

⁷ Le lien entre nationalité, pavillon et compétence est effectué par la Convention de 1982. Dans son article 91 elle stipule que « Les navires possèdent la nationalité de l'État dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'État et le navire ». C'est le pavillon qui détermine la compétence comme le précise l'article 92, en vertu duquel : « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer ».

⁸ Elle réalise cette codification après la Convention sur la haute mer, signée à Genève le 29 avril 1958 et entrée en vigueur le 30 septembre 1962.

est de les ramener dans les eaux territoriales d'un État complaisant ou impuissant. De plus, un certain nombre d'actes sont commis dans des détroits, dans des eaux hors de la haute mer.

En outre, pour être considéré comme tel, les motivations d'un acte de piraterie doivent être privées. Les motivations politiques sont exclues, alors qu'il est très fréquent que les prises d'otages en mer ne soient pas uniquement crapuleuses et servent à financer des organisations autonomistes. En application de la Convention de 1982, ces motivations ne peuvent pas s'appliquer à des actes de piraterie, mais relèvent de la « para-piraterie »⁹ ainsi que de conventions spécifiques. C'est le cas en particulier de la Convention de Rome du 10 mars 1988¹⁰ pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, en cours de révision. Elle ne se traduit toutefois pas par une extension de la compétence universelle à la para-piraterie. Au contraire cette Convention donne compétence exclusive à l'État du pavillon, pour intervenir contre les personnes qui, illicitement et intentionnellement, s'emparent d'un navire ou en exercent le contrôle par la violence ou la menace de violence, ou accomplissent un acte de violence à l'encontre d'une personne se trouvant à bord d'un navire, si cet acte est de nature à compromettre la sécurité de la navigation du navire. Ainsi, au lieu d'étendre le régime de la compétence universelle pour améliorer la répression, le choix qui a été fait dans ce but est, au contraire, de revenir à la compétence de l'État du pavillon. La piraterie est donc le premier acte justifiant la compétence universelle.

Néanmoins, celle-ci a désormais évolué et s'applique à d'autres infractions, ce qui provoque une évolution parallèle de deux formes de compétence universelle : celle pour les actes de piraterie et celle pour les autres crimes internationaux.

La compétence universelle – telle qu'elle s'est développée depuis la Seconde Guerre mondiale principalement pour les crimes de torture, les crimes contre l'humanité et les crimes de génocide – ne se caractérise pas exactement par les mêmes mécanismes qu'en matière de piraterie. En droit international, il y a désormais une hiérarchisation des crimes. La torture figure parmi les plus graves. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements

⁹ Selon l'organisation maritime internationale (OMI).

¹⁰ Il y a 135 États parties à cette Convention. À la fin des années 1990, l'idée s'est imposée qu'elle devait faire l'objet d'une révision. Le 14 octobre 2005, des amendements ont été adoptés par la Conférence diplomatique sur la révision des traités.

cruels, inhumains ou dégradants¹¹ organise sa répression, et fonde la compétence universelle des États. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a expressément présenté l'obligation de poursuivre les actes de torture comme étant une obligation coutumière de droit international, dans l'affaire *Procureur v. FURUNDZIJA* de 1998¹². Toutefois, au regard de la position de la Chambre des Lords dans l'affaire PINOCHET en 1999, il semble que cette obligation coutumière n'ait pas encore reçu toute son application. Dans cette décision, un seul juge, Lord MILLET, accepte de lui donner une telle valeur, les autres ne l'appliquant qu'aux crimes commis après l'entrée en vigueur de la convention sur la torture en Grande Bretagne, en 1998¹³ soit vingt ans après l'adoption du décret-loi d'amnistie au Chili.

Les autres infractions qui fondent la compétence universelle impliquent, ou visent généralement, plusieurs États, même en dehors de tout conflit. Il s'agit du génocide et très souvent des crimes contre l'humanité et crimes de guerre, auxquels s'ajoutent désormais des infractions terroristes.

Pour ces crimes considérés comme les plus graves par le droit international, le principe de la compétence territoriale et la compétence personnelle sont, comme pour la piraterie, remis en cause. En d'autres termes, « l'exercice de la compétence pénale pour poursuivre ou réprimer les infractions [ne revient plus] à l'État territorial ou à l'État national »¹⁴.

¹¹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale, dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

¹² TPIY, ch. de 1^{ère} instance, jugement du 10 décembre 1998, *Procureur contre Furundzija*, not. § 155.

¹³ « *In my opinion, the systematic use of torture on a large scale and as an instrument of state policy has joined piracy, war crimes and crimes against peace as an international crime of universal jurisdiction well before 1984. I consider that it had done so by 1973. For my own part, therefore, I would hold that the Courts of [United Kingdom] already possessed extra-territorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it* » (Judgment *Regina v. Bartle and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet, Regina v. Evans and another and the Commissioner of police for the metropolis and others ex parte Pinochet*, on appeal from a Divisional Court for the Queen's Bench Division, [1999] 2 W.L.R. 827, 24 March 1999 (Lord Millett)).

¹⁴ CASSESE (A.), « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (C.I.J.) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2002, p. 481.

L'affaire Ely OULD DAH en est l'illustration. Le capitaine mauritanien Ely OULD DAH accusé de crimes de torture, commis dans son État d'origine entre 1990 et 1991 à l'encontre de militaires eux-mêmes mauritaniens, a été condamné, par contumace, en France, alors qu'une loi adoptée en Mauritanie amnistiait ses actes. C'est donc une personne de nationalité étrangère qui est condamnée, pour des faits commis sur le territoire d'un autre État, sur une personne elle-même de nationalité étrangère¹⁵.

La condition de la mise en œuvre de cette compétence universelle pour les crimes internationaux, est qu'elle soit reconnue par chaque État, au sein d'une norme interne conforme à une règle de droit international¹⁶. Ainsi, c'est un État souverain qui décide de ne pas respecter la compétence territoriale et la compétence nationale – de sa propre initiative – en application du droit international. De plus en plus de législations étatiques reconnaissent cette compétence universelle, surtout en Europe. En France, une trentaine de procédures sont actuellement engagées, sur le fondement de l'article 689-1 du Code de procédure pénale. Dans l'affaire Ely OULD DAH, la Cour de cassation en 2002 puis la Cour européenne des droits de l'homme le 30 mars 2009 ont confirmé la validité de cette procédure, ainsi que l'absence d'effet extraterritorial de l'amnistie mauritanienne pour des actes de torture, alors que l'amnistie est pourtant un acte de souveraineté.

Par conséquent, le crime de piraterie a évolué et sa répression n'est pas satisfaisante. La compétence universelle a également évolué depuis ses premières applications à la piraterie. Quels enseignements peut-on donc tirer de la confrontation entre la compétence universelle en matière de piraterie et celle qui s'exerce pour les crimes internationaux ? Pour améliorer la répression de la piraterie, ne conviendrait-il pas d'aligner la compétence en la matière, sur la compétence universelle pour les autres crimes ?

La réponse à cette dernière question est positive sur un point : la compétence universelle s'exerçant pour les crimes internationaux,

¹⁵ Ely OULD DAH a été condamné par contumace à dix ans de prison par la Cour d'assises du Gard, le 1^{er} juillet 2005 pour avoir en particulier torturé en 1991, deux militaires impliqués dans une tentative de coup d'État contre le président MAAOUIYA OULD TAYA.

¹⁶ La compétence universelle est reconnue dans des conventions internationales, souvent sous la forme du principe « extraditer ou juger », mais aussi dans des normes coutumières, voire en matière de torture de *jus cogens* d'après une partie de la doctrine.

refuse tout lien, entre l'espace sur lequel est commis le crime, et la compétence. La compétence en matière de piraterie pourrait s'aligner sur ce refus pour améliorer la répression de ce type de crime (I.). En revanche, la compétence universelle qui s'exerce pour les actes de piraterie conservera une spécificité, par rapport aux autres formes de compétence universelle : ce n'est pas la présence de l'auteur de l'acte sur le territoire de l'État qui déclenche les poursuites. Il faut, le plus souvent, ramener l'auteur des faits sur le territoire de l'État pour que celui-ci puisse le juger selon ses propres règles. C'est en ce sens que certains¹⁷ estiment que c'est le seul véritable cas de compétence universelle, la seule « juridiction universelle absolue » (II.).

I. Rompre le lien entre la compétence et l'espace international

Le lien entre la compétence universelle s'exerçant pour des actes de piraterie et la haute mer pourrait être rompu. Cette rupture est justifiable (A.), et possible, du moins s'agissant de la poursuite des auteurs de tels actes (B.). Bien qu'envisageable, cette possibilité soulève toujours des problèmes très importants – mais non insurmontables – s'agissant de sa conciliation avec le principe d'égalité souveraine des États, ce qui explique le choix fait dans les articles 100 à 107 de la Convention de 1982 sur le droit de la mer.

A. Une rupture justifiable

Comme la compétence universelle s'exerçant pour les crimes internationaux, celle en matière de piraterie pourrait rompre le lien entre l'espace dans lequel est perpétré l'acte et la compétence. En d'autres termes, il est possible de justifier l'idée qu'un acte de piraterie devrait pouvoir être constitué, en dehors de la haute mer.

Cela est justifiable, ne serait-ce que par l'assimilation possible entre la piraterie et les crimes internationaux. En premier lieu, ce sont des actes considérés par le droit international, comme d'une gravité certaine et violant les règles tendant à la protection physique de l'individu¹⁸. Auparavant, la piraterie était de ces actes

¹⁷ C'est le cas du Professeur Antonio CASSESE.

¹⁸ Voir REZENTHEL (R.), « L'éthique et la mer (une approche juridique) », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, 2006, vol. 21, pp. 358-359.

considérés d'instant comme nécessitant une mort immédiate sans autre forme de procès. Il en est de même des crimes internationaux. Par exemple, selon Pierre TRUCHE, l'opinion de CHURCHILL à la fin de la Seconde Guerre mondiale était « de fusiller les chefs nazis sans autre forme de procès »¹⁹.

En deuxième lieu, la justification de l'harmonisation des deux formes de la compétence universelle peut se trouver dans leur fondement. La piraterie est une « interdiction liée à l'ordre public international »²⁰. Au départ, sa répression visait à préserver la liberté en haute mer et empêcher l'emprise d'une seule grande puissance maritime qui exercerait la police sur cet espace. Mais c'est la nature de l'infraction qui a très vite justifié la compétence universelle. Ainsi, chez CICERON, on retrouve une qualification qui sera reprise, notamment par Sir Edward COKE au dix-septième siècle. Les pirates sont considérés comme des ennemis du genre humain²¹. C'est ce qu'affirme le juge FINLAY dans son opinion dissidente²², jointe à l'arrêt du 7 septembre 1927, dans l'affaire du Lotus. Il explique que « en ce qui concerne les crimes commis en mer, la pratique est que l'accusé est jugé par les tribunaux du pays duquel ressortit le navire avec l'alternative possible d'être jugé par les tribunaux du pays dont ressortit personnellement le fauteur, si sa nationalité, n'est pas la même que celle du navire. Il n'y a qu'une exception : les pirates sont considérés comme ennemis du genre humain et peuvent être jugés par les tribunaux de tous pays ».

Cette justification de la compétence universelle en matière de piraterie la rapproche donc de celle qui s'exerce pour les crimes internationaux, qui sont tous des crimes contre le genre humain.

D'ailleurs, en troisième lieu, on retrouve en doctrine une même remise en cause de la souveraineté pour la piraterie que pour les crimes internationaux. Selon Antoine GARAPON : « la véritable accusée du procès de Nuremberg fut (...) la souveraineté entendue

¹⁹ TRUCHE (P.), « L'émergence d'une justice pénale internationale : les expériences en cours », *L'ASTREE, Revue de droit pénal et des droits de l'homme*, entretien avec Pierre TRUCHE, Premier président de la Cour de cassation, p. 5. Diphonie sur : <http://www.ifrance.com/astree/num8/entretien2.htm>.

²⁰ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2006, 7^e éd., p. 459.

²¹ Voir GAURIER (D.), « Le crime contre l'humanité est-il une notion nouvelle ? Le pirate, ennemi du genre humain », *Annuaire de droit maritime*, 1^{er} juin 2000, n° 18, p. 175.

²² Jointe à l'arrêt en date du 7 septembre 1927.

comme pouvoir de décider, comme fiction garantissant l'immunité à tous ceux qui la servent »²³. Il est vrai que le fait qu'une juridiction internationale remette en cause la fiction de la souveraineté entre États en raison de la gravité des crimes commis par les personnes comparissant devant elle pourrait être considéré comme attentatoire à l'égalité souveraine des États²⁴. Mais cela est encore plus vrai lorsqu'une remise en cause comparable est effectuée par une juridiction étrangère, pour des crimes commis à l'étranger, par un étranger sur des victimes elles-mêmes étrangères. Si l'on réduit la piraterie à sa définition de 1982, il n'y a pas de confrontation entre souveraineté et compétence universelle, dès lors que celle-ci s'exerce sur un espace international, qui échappe à la souveraineté étatique. Ainsi, admettre, qu'il faut rompre le lien entre la compétence et l'espace où est réalisée l'infraction, place la piraterie au sein du droit pénal international et revient à limiter la souveraineté dans ce domaine comme dans celui des crimes internationaux.

En dernier lieu, les crimes internationaux sont désormais assimilables à la piraterie par leur mode de définition. La piraterie est selon l'article 101 de la Convention de 1982, constituée notamment par « tout acte illicite de violence de détention ou de déprédation commis contre un navire contre des personnes ou des biens se trouvant à leur bord ». Cela se traduit par des infractions au droit maritime, dont l'abordage et le détournement de navire, mais surtout par des actes multiples tels que : le vol, l'enlèvement, la prise d'otage, les coups et blessures, ou encore l'homicide. Ceci est le principal point commun avec les crimes internationaux, qui eux aussi se composent d'une série d'actes tous répréhensibles isolément, mais qui en raison des circonstances dans lesquels ils sont commis justifient l'exercice de la compétence universelle ou de la justice pénale internationale. C'est le cas, par exemple, du crime contre l'humanité, qui, selon l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale, s'entend de « l'un quelconque des actes » qu'il énumère, tels que le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la torture ou le viol, « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Comme la

²³ GARAPON (A.), *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner ; pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 110.

²⁴ C'est ce qu'a considéré le Conseil constitutionnel français en 1999 dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant Statut de la Cour pénale internationale*, précitée.

piraterie, le crime contre l'humanité est donc constitué par la réalisation de plusieurs types d'actes dans un contexte déterminé.

Par conséquent, l'assimilation de ces deux formes de compétence universelle est justifiable, d'autant qu'avant la codification réalisée par les Conventions de 1958 sur la haute mer et de 1982 sur le droit de la mer précitées, la définition coutumière de la piraterie n'était pas nécessairement la même que celle qui se retrouve dans ces Conventions. Beaucoup de droits nationaux qualifiaient – et qualifient toujours – comme « actes de piraterie » des actes commis en mer ; pas nécessairement en haute mer²⁵. En France, les pirates maritimes sont punis par application des dispositions des articles du Code pénal relatives au « détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport²⁶. » En vertu de l'article 224-1, « le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire ou de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place, ainsi que d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental, est puni de vingt ans de réclusion criminelle ». Cette infraction est punie de « la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle est accompagnée de tortures ou d'actes de barbarie ou s'il en est résulté la mort d'une ou de plusieurs personnes »²⁷. L'infraction est donc constituée dès lors qu'elle est réalisée sur un moyen de transport à bord duquel des personnes ont pris place, quel que soit le lieu, le territoire, voire l'espace où l'attaque se déroule. Une définition plus large que celle se retrouvant dans la Convention de 1982²⁸ est donc compatible avec le droit français.

Par conséquent, cette rupture est justifiable, ce qui la rend envisageable.

²⁵ *United States v. BRIG MALEK ADHEL*, 43 U.S. (2 How.) 210, 232 (1844).

²⁶ Articles 224-1 à 224-8-1 du Code pénal.

²⁷ Selon l'article 224-2 du même Code.

²⁸ Selon le Juge MOORE, dans son opinion dissidente dans l'affaire du Lotus : « *The municipal laws of many states denominate and punish as 'piracy' numerous acts which do not constitute piracy by law of nations* » (CPIJ).

B. Une rupture possible

Quelques expériences marquent une rupture entre la compétence en matière de piraterie et l'espace international.

En effet, pour faciliter la répression, certaines conventions contournent les faiblesses de la définition internationale de la piraterie. Par exemple, un accord de coopération entre des pays d'Asie du Sud-Est, a été adopté en novembre 2004 et est entré en vigueur le 4 septembre 2006. Il a été ratifié par les pays de l'ASEAN auxquels s'ajoutent les trois puissances sud-asiatiques : la Chine, la Corée du Sud et le Japon. Il s'applique non seulement à la piraterie mais aussi « aux actes assimilés », c'est-à-dire, ne se déroulant pas en haute mer ou qui ne sont pas menés à partir d'un navire ou d'un aéronef. Dans cette région, pour les parties à cet accord, il y a donc une rupture entre la compétence et l'espace où est commis la piraterie. Néanmoins, cet accord est complémentaire à la convention de 1982. Selon ses dispositions générales (ii) : « aucune disposition de cet accord ne porte atteinte aux droits et obligations d'une partie contractante, selon les accords internationaux auxquels celle-ci est partie, y compris la convention de 1982 et les différentes règles du droit international ».

Cependant, pour lutter contre les insatisfactions provoquées par le régime juridique en matière de piraterie, beaucoup d'auteurs et de praticiens appellent à une possibilité de « poursuite des pirates au-delà des frontières maritimes d'un État »²⁹. La rupture progressive avec l'espace maritime international se fait donc, non pas en raison du lieu où est réalisé le crime mais avec celui où peut être poursuivi le crime et qui peut être sous souveraineté d'un autre État.

Ainsi, l'Union Européenne a mis en place une coopération spécifique entre ses membres pour prévenir les actes illicites au large des côtes somaliennes mais aussi pour les réprimer. Le Conseil de l'UE a adopté le 10 novembre 2008 l'action commune concernant la mise en place de l'opération militaire, ATALANTE, prolongée depuis le 15 juin 2009 au 13 décembre 2010. Cette première opération navale de l'Union s'inscrit dans le cadre de la politique européenne de sécurité et de défense et vise tout particulièrement à dissuader, prévenir et réprimer les actes de piraterie.

²⁹ POLERE (P.), « La piraterie maritime aujourd'hui », *op. cit.*, p. 401.

Si ces opérations peuvent être menées, c'est parce que le Conseil de sécurité a adopté une série de résolutions³⁰ les inscrivant dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies après avoir qualifié les actes de piraterie et les vols à main armée de « menace contre la paix internationale et la sécurité de la région ». Dans la résolution 1816 du 2 juin 2008, le Conseil de sécurité « réaffirmant qu'il respecte la souveraineté, l'intégrité territoriale, l'indépendance politique et l'unité de la Somalie », autorise les États coopérant avec le gouvernement provisoire de la Somalie à « entrer dans les eaux territoriales somaliennes afin de réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée en mer, d'une manière conforme à l'action autorisée en haute mer en cas de piraterie en application du droit international ». En décembre dernier, cette résolution a vu ses effets prolongés pour un an. Le régime juridique des espaces internationaux est donc étendu à un espace sous souveraineté étatique, avec l'autorisation du gouvernement provisoire de cet État. C'est cet accord qui est la justification de la dérogation au principe de non intervention sur le territoire d'un autre État. Elle ne constitue pas un précédent, car la proposition française de résolution qui prévoyait précisément de ne pas adopter une résolution « somalienne » mais plutôt un texte applicable à tous les États qui en feraient la demande, n'a pas été retenue. En outre, la résolution 1816 précise explicitement qu'« elle ne peut être considérée comme établissant un droit international coutumier ».

Néanmoins, en dépit de ces précautions, si cette dérogation au droit international démontre son efficacité, cela pourrait inciter les États à rompre davantage les liens entre compétence et espace international, sur le modèle de la compétence universelle pour les crimes internationaux.

En revanche, contrairement à cette dernière, il se pose un problème particulier, un problème non plus lié à l'espace, mais au territoire : celui de la nécessaire présence de l'auteur des faits sur le territoire de l'État, auteur des poursuites, pour que la compétence puisse s'exercer.

³⁰ Les résolutions 1816 du 2 juin 2008, 1838 du 7 octobre 2008 et 1846 du 2 décembre 2008.

II. Maintenir un lien entre la compétence et le territoire de l'État ?

En vertu de l'article 689-1 du code de procédure pénale français, « en application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable ». C'est par cet article que la France reconnaît sa compétence universelle pour l'application de plusieurs conventions internationales. La condition est néanmoins que l'auteur des faits se trouve sur le territoire français. Or, l'arrestation des pirates somaliens présumés ayant attaqué le voilier « le Ponant » illustre le fait que l'acte de piraterie, tel que défini dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer est par définition commis hors du territoire français et que pour que les pirates se trouvent sur le territoire français, il faut... les y amener. La compétence universelle exercée en matière de piraterie maritime a donc une spécificité qui doit être prise en compte et conduit à plaider pour le strict respect du droit international lors du transfert sur le territoire (A.) mais aussi pour la prise en compte des possibles atteintes au droit de l'homme que pose la mise en œuvre d'une telle compétence (B.).

A. Respecter le droit international lors du transfert sur le territoire

La C.I.J. ne s'est pas encore prononcée sur la conformité de la compétence universelle par rapport au droit international³¹. On aurait pourtant pu s'y attendre lorsque le Congo a porté devant cette juridiction le conflit l'opposant à la Belgique dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000. La C.I.J. ne s'est concentrée dans cet arrêt que sur la question de l'immunité dont jouissait le ministre en exercice. Néanmoins, à la lecture des opinions individuelles et de l'opinion dissidente dans cette affaire, les juges qui se prononcent sur cette question comme l'ancien président de la

³¹ Même si elle pourrait bientôt le faire à l'occasion de l'affaire opposant la Belgique au Sénégal.

C.I.J., Monsieur GUILLAUME, s'accordent pour distinguer deux types de compétences universelles, même si les dénominations qu'ils utilisent pour les qualifier sont différentes. Il y a une compétence universelle qui s'exerce sur le fondement de la présence de l'auteur de l'acte sur le territoire et celle qui s'exerce indépendamment de la présence du suspect ou de l'accusé sur le territoire de l'État qui la reconnaît. Or, ces mêmes juges s'accordent à reconnaître que la seule infraction qui fonde la compétence universelle indépendamment de la présence de l'auteur de l'acte sur le territoire est la piraterie³².

Pourtant, certains États reconnaissent leur compétence universelle pour enquêter sur des crimes internationaux, puis juger et sanctionner leurs auteurs indépendamment de leur présence sur le territoire national. C'était précisément le cas de la loi belge du 6 juin 1993, telle que modifiée par la loi du 23 avril 2003 en cause dans l'affaire du mandat d'arrêt. Selon son article 7 § 1^{er}, « sous réserve d'un dessaisissement prononcé dans un des cas prévus aux paragraphes suivants, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises et même si l'auteur présumé ne se trouve pas en Belgique ». Cependant, cette même loi précise que l'action publique ne pourra toutefois être engagée que sur réquisition du procureur fédéral lorsque l'infraction n'a pas été commise sur le territoire du Royaume; que l'auteur présumé n'est pas belge; que l'auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire du Royaume et la victime n'est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins trois ans. Lorsque ces conditions sont réunies, le procureur fédéral doit requérir du juge d'instruction qu'il instruisse la plainte. Cependant, il ne le fera pas si « des circonstances concrètes de l'affaire, il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect

³² Néanmoins, Antonio CASSESE apporte une nuance : « Avec tout le respect qui est dû à la Cour, l'on peut objecter qu'en réalité l'exercice de cette compétence universelle par les États à l'égard des pirates appartient à la catégorie de la « compétence territoriale à l'égard des personnes pour des infractions extraterritoriales » : autrement dit cette compétence est subordonnée à la présence de l'auteur présumé sur le territoire de l'auteur du for. Les États peuvent poursuivre les pirates une fois que ceux-ci ont été appréhendés, donc une fois que les pirates se trouvent sur le territoire ou moins sous leur contrôle effectif. (...) Si la compétence universelle à l'égard des pirates avait été une compétence universelle absolue, tout État du monde aurait pu émettre des mandats d'arrêts contre les pirates » (CASSESE (A.), « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants... », *op. cit.*, p. 483).

des obligations internationales de la Belgique, cette affaire devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'État dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction est compétente, indépendante, impartiale et équitable ». Cette limite vise à prévenir les incidents diplomatiques déjà provoqués dans le passé par la Belgique, avec les États de la nationalité des personnes faisant l'objet d'une plainte. Par ailleurs, depuis la loi du 5 août 2003, même si une personne susceptible d'être impliquée dans une violation grave du droit international humanitaire est présente sur le territoire belge, elle ne pourra faire l'objet de poursuites si elle a le statut « de chefs d'État, de chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers » en exercice ou si elle jouit d'une immunité reconnue par le droit international ou fondée sur un traité qui lie la Belgique. Au surplus, « conformément au droit international, nul acte de contrainte relatif à l'exercice de l'action publique ne peut être posé pendant la durée de leur séjour, à l'encontre de toute personne ayant été officiellement invitée à séjourner sur le territoire du Royaume par les autorités belges ou par une organisation internationale établie en Belgique et avec laquelle la Belgique a conclu un accord de siège ». La Belgique est donc un État reconnaissant sa compétence universelle pour poursuivre des crimes internationaux commis hors de Belgique, indépendamment de la présence de l'auteur supposé des faits sur son territoire. Néanmoins, les limites posées à cette compétence depuis l'arrêt de la Cour internationale de justice du 11 avril 2000, ainsi que la jurisprudence de la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles³³, restreignent fortement la portée de la possibilité de juger l'auteur d'un crime non présent sur le territoire belge.

Le droit espagnol est tout autant révélateur de la difficulté d'admettre, en pratique, que la compétence universelle pour les crimes internationaux puisse s'exercer indépendamment de la présence de l'auteur des faits sur le territoire, et ce, même si une disposition du Code pénal prévoit pourtant une telle possibilité. Le 19 mai 2009, une résolution a été votée par l'Audience nationale pour demander « de manière urgente » que la loi limite désormais

³³ Relative au président ivoirien Laurent GBAGBO, au Premier ministre israélien Ariel SHARON et à l'ex-ministre des Affaires étrangères congolais Abdulaye YERODIA.

la compétence universelle aux seuls cas impliquant des personnes se trouvant en Espagne ou ayant fait des victimes espagnoles. Plus aucun mandat d'arrêt ne pourrait alors être émis dans les autres cas.

L'absence totale de lien entre la présence sur le territoire de l'auteur présumé des faits pour qu'il y ait reconnaissance de la compétence universelle reste donc une spécificité des actes de piraterie tels que définis par la Convention de 1982 sur le droit de la mer.

Le problème posé est celui de leurs conditions d'interpellation comme l'illustre l'affaire du Ponant. Ce voilier français a été pris en otage le 4 avril 2008, dans les eaux internationales du golfe d'Aden, puis détourné et ramené dans les eaux territoriales somaliennes, plus précisément devant un port de pêche d'une côte du nord-est de la Somalie devenue indépendante : la côte du Puntland. Les otages ont été libérés après le paiement par l'armateur d'une rançon de deux millions de dollars, et la fuite des pirates à bord de deux voitures. Des individus se trouvant – avec une forte somme d'argent – à bord d'une de ses voitures ont pu être arrêtés. Ces personnes, de nationalité somalienne, ont finalement été ramenées en France par avion militaire, placés en garde à vue puis en détention provisoire après avoir été reconnus par les anciens otages. En poursuivant les personnes somaliennes soupçonnées d'avoir participé à ces actes de piraterie, la France exerçait non seulement sa compétence personnelle dès lors que le Ponant battait pavillon français et que sur les 30 membres d'équipage pris en otage, 22 étaient français. Mais la France reconnaissait aussi sa compétence universelle en vertu des articles 224-6 et 224-7 s du Code pénal précité. Sa compétence était donc indiscutable. Ce qui l'était en revanche, étaient les conditions d'arrestation de ceux qui sont considérés comme les pirates du Ponant, interpellés sur le territoire somalien. L'action entreprise par la France n'entraînait pas dans le cadre de la convention de 1982 en particulier du droit de poursuite prévu à l'article 111 de la Convention de 1982, d'autant que les trois résolutions de l'ONU étendant ce droit de poursuite n'avaient pas encore été adoptées. C'était donc une intervention militaire, qui au regard du droit international n'était possible qu'en application de la charte des Nations Unies, ou bien avec l'accord exprès de l'État somalien. Le ministère des affaires étrangères français a prétendu avoir un accord verbal du gouvernement transitoire somalien. Or, le juge judiciaire français n'a pas cherché si les actes positifs des autorités somaliennes équivalaient à un accord écrit. La chambre de

l'instruction de la Cour d'appel de Paris a, le 6 avril 2009³⁴, rejeté la demande d'annulation de la procédure judiciaire présentée par les personnes détenues en France, confirmant les conclusions du ministère public qui avait estimé en mars que l'engagement de forces militaires françaises en Somalie était un acte de gouvernement, et donc insusceptible de contrôle juridictionnel. L'interpellation des personnes soupçonnées d'actes de piraterie ne devrait se faire qu'en haute mer ou que dans le cadre du droit de poursuites, voire comme cela semble possible maintenant, dans le cadre de l'application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, afin de pleinement respecter le droit international. C'est la contrepartie de l'absence de lien entre le territoire et la possibilité d'appréhension de l'individu.

B. Aménager les conséquences du transfert sur le territoire

Affirmer que « les différences entre les droits pénaux nationaux sont très importantes » est certainement un truisme. Et pourtant, ces différences ont des conséquences qui devraient inciter les États à harmoniser davantage leurs systèmes juridiques pour une meilleure répression de la piraterie. Car en dépit de ces spécificités la compétence universelle pose les mêmes questions s'agissant de la piraterie que pour les crimes contre l'humanité, de génocide ou de crimes de guerre : celle de la compatibilité avec les droits fondamentaux et les garanties – elles-mêmes fondamentales – du procès pénal.

En effet, lorsqu'un pirate étranger – par exemple somalien – est arrêté en haute mer et transféré dans un autre État, le respect du droit à un procès équitable pourrait être remis en cause. Se pose le problème de l'établissement des faits qui par définition se sont réalisés hors du territoire national. Cela implique une coopération entre les États concernés pour le recueil de preuves et de témoignages, une coopération qui peut être rendue difficile par les circonstances politiques comme le montre l'exemple de la Région du Puntland. Se pose également le problème de l'individualisation des peines. S'agissant des pirates présumés du Ponant, comme le

³⁴ Source : dépêche de l'AFP de ce jour, l'arrêt n'ayant pas à notre connaissance encore été publié.

soulève Jean-Grégoire MAHINGA³⁵ : « comment évaluer leur degré de participation à la prise d'otage ? Savoir qui était un simple exécutant, un chef voire un chauffeur facilitant uniquement la fuite des pirates ? » ; Comment prendre en compte d'éventuelles circonstances atténuantes ? Ainsi aux États-Unis, dans l'affaire Abdulwali MUSE, jugé par un tribunal de premier instance de New York³⁶, les avocats commis d'office affirmaient avoir fait une enquête, en Somalie et constaté que le jeune accusé n'était âgé que de 15 ans mais « devant l'impossibilité de prouver l'âge du pirate, et bien conscient du fait qu'il n'y a pas d'état civil en Somalie, le juge de New York a donc décidé que le prisonnier serait jugé comme un adulte »³⁷.

Au surplus, la compétence universelle doit également être confrontée au droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, le transfert vers l'État ayant décidé d'exercer sa compétence universelle, est lourd de conséquences pour la vie personnelle de celui qui en est l'objet, surtout lorsqu'il est originaire d'un pays plus pauvre. Les personnes interpellées dans l'affaire du Ponant ont pour la plupart une famille dont des enfants, qui n'ont, à l'exception d'un seul, pas les moyens de venir leur rendre visite durant la période précédant l'ouverture de leur procès. Ces années de déracinement mettent certainement en péril le droit qui au sens de l'article 8 « englobe pour le moins les rapports entre proches parents (...). Le "respect" de la vie familiale ainsi entendu implique pour l'État, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports »³⁸.

Les seuls moyens de mettre fin aux interrogations soulevées par la compétence universelle, s'agissant du respect des droits fondamentaux, sont l'harmonisation et la collaboration entre les États. L'harmonisation juridique est possible. Des définitions des principaux crimes internationaux se retrouvent dans des conventions internationales qui pourraient progressivement se retrouver dans les droits internes. En outre, des propositions existent pour une plus grande uniformité du cadre dans lequel s'exerce la compétence universelle. C'est le cas des principes de Princeton issus d'une « étude du droit international sur la question que plusieurs universitaires et experts ont menée pendant une

³⁵ MAHINGA (J.-G.), « L'affaire du Ponant », *Revue de droit des transports* n° 7, Juillet 2008, étude 9.

³⁶ Le tribunal du Lower Manhattan.

³⁷ Source RFI : 22 avril 2009.

³⁸ C.E.D.H., *MARCKX, c/ Belgique*, 13 juin 1979, § 41.

année »³⁹ et qui servent de référence en la matière. Ils définissent la compétence universelle comme devant être fondée uniquement sur la nature du crime, sans qu'un lien soit exigé entre l'État exerçant sa compétence et le lieu où le crime a été commis, la nationalité de l'accusé ou la nationalité de la victime. Néanmoins, selon le principe n° 4, exercer sa compétence universelle doit se faire dans le respect du droit international à un procès équitable, non seulement pour les victimes, mais aussi, pour les accusés. L'extradition est d'ailleurs reconnue comme un moyen d'éviter les difficultés à l'éloignement du procès. Quant à la collaboration, l'affaire PINOCHET est l'une des premières illustrations, de la possibilité - bien que tâtonnante dans cette affaire emblématique - pour les États de tout mettre en œuvre pour qu'un procès ait lieu. La mise en place de la Cour pénale internationale va elle aussi dans le même sens. Quant à la coopération, elle se met en place. À l'avenir, les pirates somaliens présumés seront amenés au Kenya pour y être jugés en vertu d'accord bilatéraux signés par le gouvernement de Nairobi avec les États-Unis en février 2009, et l'Union Européenne le 6 mars 2009. Toute personne soupçonnée d'acte de piraterie et appréhendée par la force navale de l'Union européenne sera transférée au Kenya pour y être poursuivie en vertu des articles 69 (1) à (3) du Code pénal de cet État.

En conclusion, réfléchir aux liens entre la compétence universelle et les espaces permet de relever que les deux formes de compétence universelle que sont celle en matière de piraterie, et celle pour des crimes internationaux, devraient se nourrir mutuellement. Il faut redéfinir leur lien avec l'espace proprement dit et préciser leurs rapports avec le territoire afin qu'elle incarne le bruit atroce permettant au Schürz de Boris VIAN d'échapper à sa condition de souffre-douleur.

³⁹ Selon les termes de Mary ROBINSON, in MACEDO (S.) (Project Chair end Editor), *The Princeton principles on universal jurisdiction, With a Foreword by Hon. Mary ROBINSON*, Program in Law and Public affairs, Princeton University, Princeton New Jersey, 2001).

L'APPROCHE STRATÉGIQUE DE LA TERRITORIALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Béatrice DELZANGLES, Maître de conférences
à l'Université Paris-Dauphine (Paris 9)

Aux termes de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme, les États parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention ». La juridiction des États parties est un lien de rattachement conditionnant l'applicabilité de la Convention et la mise en jeu de la responsabilité des États parties.

De manière classique en droit international, la juridiction d'un État désigne le plus souvent son territoire national. Ainsi, selon l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Cette règle reprend le principe coutumier selon lequel un traité est d'application territoriale et, le cas échéant, ne concerne qu'une partie du territoire de l'État. Certes, l'article 29 ne prévoit aucune extension du champ d'application d'un traité en dehors du territoire de l'État partie. Pour autant, l'extraterritorialité n'est pas exclue de la Convention de Vienne ; elle est abordée sous la rubrique des effets des traités vis-à-vis des tiers. Cette approche, si elle règle le problème de la prise en compte éventuelle d'un traité par un État tiers, ne résout pas celui de l'application du traité par les États parties en dehors de leurs propres frontières. Elle est donc loin d'épuiser la question de l'extraterritorialité.

Sur ce point, la Cour européenne a admis à plusieurs reprises l'exercice par un État de sa juridiction hors de son territoire national et a accepté d'engager la responsabilité de celui-ci pour des faits commis ou ayant des répercussions dans un autre État partie¹ ou dans un État tiers². Cette conception large constituait, jusqu'à la décision *BANKOVIC*, l'interprétation orthodoxe de la juridiction des États parties. Cependant, en 2001, la Cour est venue expressément limiter les cas d'extraterritorialité, prévenant qu'elle

¹ Par exemple, C.E.D.H., arrêt *LOIZIDOU c. Turquie*, 18 décembre 1996.

² Par exemple, C.E.D.H., arrêt *ÖCALAN c. Turquie*, 12 mars 2003, req. n° 46221/99, non publié.

ne retiendrait désormais qu'une « conception ordinaire et essentiellement territoriale de la juridiction des États »³, et qu'elle n'admettrait qu'« exceptionnellement » leur juridiction extra-territoriale⁴. Dans cette affaire, la Cour disait opter en faveur d'une application de la Convention réduite au seul « espace juridique des États contractants »⁵. Depuis, la jurisprudence est largement revenue sur ce principe⁶.

Cette tentative de rationalisation de la définition de la juridiction des États parties et la restriction du champ d'application de la Convention européenne qui en découle ne doivent pas faire illusion. La Cour fait apparaître la juridiction des États comme une limite conditionnant l'applicabilité de la Convention mais, la Convention n'excluant pas formellement son application extra-territoriale, tout dépend en réalité du sens donné à la notion de « juridiction ». Pour que celle-ci s'impose véritablement comme une limite conditionnant l'application extraterritoriale de la Convention, encore faudrait-il que ladite notion ait une signification préétablie susceptible de lier la Cour. Or, la juridiction des États parties, telle qu'elle est prévue par l'article 1^{er} de la Convention, est une notion conventionnelle qui, comme toute notion conventionnelle, est définie par la Cour. Une fois saisie, celle-ci est l'unique interprète de la Convention.

Une lecture plus avant de sa jurisprudence fait apparaître que le sens et la portée de la notion de « juridiction » varient en fonction des questions soulevées et du contexte de l'affaire en cause. De sorte que, en pratique, la juridiction des États est moins une condition limitant le champ d'application de la Convention qu'un concept à géométrie variable permettant à la Cour de moduler l'application de la Convention en fonction des contraintes juridiques et politiques auxquelles elle doit faire face. La Cour a donc une approche stratégique de la juridiction des États parties. Elle retient une interprétation opportune de cette notion selon qu'elle souhaite, au regard du contexte de l'affaire, appliquer ou non la Convention (I.). De l'interprétation donnée à la notion de « juridiction » et de l'application de la Convention qui en découle

³ C.E.D.H., Décision sur la recevabilité *BANKOVIC et autres c. 17 États membres de l'O.T.A.N.*, 12 décembre 2001, § 61.

⁴ *Idem*, § 71.

⁵ *Idem*, § 80.

⁶ Par exemple, décision sur la recevabilité *AL-SAADON et MUFDHII c. Royaume-Uni*, 30 juin 2009.

dépend, finalement, la mission confiée à ce Traité de protection des droits de l'homme (II.).

I. Une interprétation opportune de la juridiction des États parties

Lorsque l'on parle d'application extraterritoriale de la Convention européenne, que veut-on dire ? Ce traité n'a pas de frontière et son champ d'application dépend, d'après son article 1^{er}, de la juridiction des États Parties. Pour certains, cet article « semble, *prima facie*, affranchir nettement l'application de la Convention (...) de toute considération de territorialité »⁷. Mais il ressort plutôt de la jurisprudence de la Cour que c'est elle qui lui donne tout son sens. Tantôt, « l'article 1 (...) fixe une limite, notamment territoriale, au domaine de la Convention »⁸. La juridiction des États Parties désigne ici la territorialité des faits (A.). Tantôt, pour établir si les requérants relèvent de la juridiction de l'État défendeur, la Cour recherche si les actes incriminés « sont imputables » à ce dernier⁹. La juridiction des États parties renvoie là à l'imputabilité des faits (B.). En jouant sur l'ambiguïté de la notion de « juridiction », la Cour parvient à faire varier le champ d'application de la Convention au gré des circonstances de l'espèce.

A. L'accent mis sur la territorialité des faits

En droit international, l'espace territorial d'un État ne désigne pas uniquement ses frontières. Il constitue notamment l'ensemble des espaces sur lesquels un État dispose d'un *imperium*, exclusif ou concurrent, c'est-à-dire les étendues abstraites sur lesquelles celui-ci exerce son autorité sur les sujets soumis à ses compétences¹⁰. Renvoyant à *l'imperium* et donc aux organes de l'État, la territorialité intègre les actions et les omissions des autorités étatiques qui seraient de nature à entraîner la responsabilité de

⁷ KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *R.T.D.H.*, 2005, note 223, p. 87.

⁸ C.E.D.H., arrêt *SOERING c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A, n° 161, § 86.

⁹ C.E.D.H., arrêt *DROZD et JANOUSEK c. France et Espagne*, 26 juin 1992, Série A, n° 240, § 91.

¹⁰ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8^e éd., 2008, p. 402.

l'État quelque soit l'endroit où cette action ou omission ait pu avoir lieu. Dire de la Cour européenne qu'elle met l'accent sur la territorialité des faits pour définir la notion de « juridiction » ne signifie donc pas qu'elle limite celle-ci aux frontières de l'État mis en cause mais qu'elle se fonde sur l'autorité réelle exercée par cet l'État, c'est-à-dire sur la possibilité pour lui d'« imposer [sa] volonté à tout individu »¹¹.

Cette approche territoriale de la juridiction des États permet à la Cour de soumettre aux exigences de la Convention des actes qui, tout en étant appliqués à un sujet interne de l'État défendeur, produisent des effets au-delà des frontières de celui-ci. Confrontée, dans l'affaire *SOERING*, à l'extradition d'un individu par un État partie vers un État tiers à la Convention susceptible de pratiquer des actes de tortures et/ou des peines et traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3, la Cour a accepté d'appliquer cette disposition au Royaume-Uni alors même que les répercussions de l'extradition sur le requérant – l'attente dans les couloirs de la mort – se seraient produites hors du territoire britannique. Dans cette affaire, la présence du requérant sur ce dernier a permis à la Cour de contourner un obstacle de taille tenant à l'imputabilité des faits : la pratique des couloirs de la mort, contraire à l'article 3, incombait en effet aux autorités américaines.

L'approche territoriale de la notion de « juridiction » a également amené la Cour à soumettre aux exigences de la Convention des actes commis par un État partie sur le territoire d'un autre État. Le critère du « contrôle effectif » exercé par un État sur un espace se trouvant hors de ses frontières renvoie bien à *l'imperium* de cet État. C'est sur ce fondement que la juridiction européenne a pu engager, par exemple, la responsabilité de la Turquie pour les violations commises dans le Nord de Chypre. En 1996¹², puis plus récemment en 2001¹³, elle a considéré que cette partie de l'île chypriote relevait de la juridiction de la Turquie au sens de l'article 1^{er} de la Convention suite à l'invasion et à l'occupation de cette partie du territoire chypriote par les troupes turques (depuis 1974). Le contrôle de fait exercé par la Turquie sur cette zone du territoire chypriote élargit l'espace territorial de cet

¹¹ Opinion séparée du Juge LOUCAIDES jointe à l'arrêt *ASSANIDZE c. Géorgie*, 8 avril 2004.

¹² C.E.D.H., arrêt *LOIZIDOU c. Turquie*, 18 décembre 1996.

¹³ C.E.D.H., arrêt *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001, *Rec.* 2001-IV.

État et étend sa juridiction au-delà de ses frontières. En mettant ainsi l'accent sur l'autorité exercée par la Turquie sur l'espace où ont eu lieu les violations de la Convention invoquées par les requérants, la Cour contourne trois difficultés. De nouveau, elle surmonte un problème d'imputabilité : matériellement, les faits étaient attribuables à la République turque de Chypre du nord (RTCN), État autoproclamé en 1983. Mais insister sur l'imputabilité serait revenu à donner un statut juridique à la RTCN. Or, celle-ci n'est pas reconnue par la Communauté internationale. Reconnaître la juridiction de la Turquie sur la partie nord de Chypre était également un moyen pour la Cour de condamner politiquement l'invasion d'un État partie à la Convention par un autre État partie. Enfin, dans la mesure où la République de Chypre n'est toujours pas en mesure d'exécuter dans le nord de Chypre les obligations que lui impose la Convention, la reconnaissance de la juridiction de la Turquie permettait à la Cour de combler une « lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme »¹⁴. Stratégiquement, plusieurs considérations militaient donc en faveur d'une approche territoriale de la juridiction de la Turquie.

Une nouvelle implication de l'approche territoriale de la juridiction des États a enfin amené la Cour à considérer qu'un État partie était tenu d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire national et partant, de rétablir celle-ci là où elle ferait défaut. Dans l'affaire *ILASCU* de 2004, la Cour devait établir, avant de se prononcer sur le fond de la requête, si les requérants qui se trouvaient en Transnistrie, territoire moldave contrôlé par la République moldave de Transnistrie, relevaient de la juridiction de la Moldavie. Après une analyse minutieuse de la situation factuelle régnant sur cette partie du territoire moldave, la Cour a fini par concéder que celle-ci se trouvait, en pratique, « sous le contrôle effectif de la “MT” [République moldave de Transnistrie] »¹⁵. Mais malgré « l'absence de contrôle effectif » de la Moldavie sur la région concernée¹⁶, elle n'a pas hésité à tenir la Moldavie partiellement responsable des faits invoqués (en sus de la Russie), estimant que la notion de « juridiction » fondait l'existence d'une obligation positive pour cet État de rétablir son autorité¹⁷.

¹⁴ C.E.D.H., arrêt *Chypre c. Turquie*, préc., § 78.

¹⁵ C.E.D.H., arrêt *ILASCU et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, *Rec.* 2004-VII, § 330.

¹⁶ *Idem*, § 331.

¹⁷ *Idem*.

Il pourrait y avoir une certaine ambiguïté dans le fait d'affirmer que l'approche territoriale de la juridiction des États parties permet une application extraterritoriale de la Convention européenne. Sauf à considérer que l'adjectif territorial revêt deux sens différents. Là où, le plus souvent, l'application extraterritoriale de la Convention signifie que la garantie des droits et libertés énoncés par ce Traité débordent les frontières de l'État défendeur, l'approche territoriale de la notion de juridiction est plus large et renvoie à l'*imperium* de cet État, c'est-à-dire à son autorité. Partant, on ne saurait admettre qu'« au critère classique de territorialité, la Convention européenne substituerait un critère plus radical que l'on pourrait qualifier d'organique » car en droit international, territorialité et autorité ne s'opposent pas. L'« expansionnisme conventionnel », c'est-à-dire l'application extraterritoriale de la Convention européenne, n'est donc pas obtenu « grâce à la dissociation de la notion de juridiction par rapport à la notion, plus classique, de territorialité »¹⁸.

Pendant, lorsque la question de la juridiction de l'État défendeur est soulevée, la Cour n'y répond pas toujours en insistant sur la territorialité des faits. Si cela s'avère opportun, elle met plutôt en avant la causalité des faits, faisant de la notion de « juridiction » non plus une clause territoriale mais une clause d'imputabilité.

B. L'accent mis sur l'imputabilité des faits

Dans un régime de responsabilité internationale tel que celui mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme, le lien d'imputabilité est une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité des États parties. D'une manière générale, « dire d'un fait qu'il est imputable à un sujet de droit signifie qu'aux fins de la responsabilité celui-ci est réputé en être l'auteur »¹⁹. Dans certaines affaires, la Cour établit la juridiction de l'État défendeur en se demandant si les faits de la cause peuvent être mis à sa charge.

Une interprétation de la notion de « juridiction » axée sur l'imputabilité des faits lui permet de gérer des situations

¹⁸ KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne... », *op. cit.*, note 223, p. 87.

¹⁹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 537.

juridiquement et politiquement délicates. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une organisation internationale fait écran à la responsabilité des États parties. Dans l'affaire *BEHRAMI* où étaient en cause des actions et des omissions des troupes françaises, allemandes et norvégiennes agissant au Kosovo dans le cadre de la K.F.O.R.²⁰, et donc pour le compte de l'ONU, la Cour européenne devait établir si les requérants se trouvant au Kosovo relevaient de la juridiction de la France, de l'Allemagne ou de la Norvège. Elle était confrontée à un problème délicat puisque les États parties à la Convention européenne, en exerçant certaines missions pour le compte d'autres organisations internationales, risquaient de violer les droits de la Convention. Ici, une approche strictement territoriale de la juridiction des États défendeurs l'aurait inévitablement conduite à établir celle-ci : la Cour admettait en effet que le Kosovo se trouvait, à l'époque des faits, sous le « *contrôle effectif* » des États parties qui agissaient sur ce territoire *via* leur contingent militaire²¹. Cependant, elle considère « qu'il s'agit (...) non pas tant de rechercher si les États défendeurs exerçaient au Kosovo une juridiction extraterritoriale, que, beaucoup plus fondamentalement, de déterminer si elle-même est compétente pour examiner au regard de la Convention le rôle joué par ces États » au Kosovo. La Cour résout ce conflit d'obligations internationales en éludant l'exercice de *l'imperium* des États parties hors de leurs frontières et en mettant l'accent sur l'imputabilité des faits. Elle finit alors par conclure que ceux-ci « sont, en principe, attribuables à l'ONU »²².

La Cour insiste également sur la causalité des faits lorsque sont en cause les immunités diplomatiques. Confrontée, dans l'affaire *MANOILESCU et DOBRESCU*, à l'autorité de la Fédération de Russie exercée en territoire roumain par le biais de son ambassade, elle a retenu une interprétation circonscrite de la notion de juridiction afin de préserver les relations diplomatiques et consulaires existant entre la Russie et la Roumanie. En l'espèce, les requérants venaient de recouvrer la propriété d'un immeuble situé en Roumanie par un jugement du tribunal roumain mais celui-ci continuait d'être occupé par le personnel consulaire russe qui

²⁰ C.E.D.H., décision sur la recevabilité *BEHRAMI et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, 2 mai 2007 ; req. n° 71412/01 et 78166/01, non encore publiée.

²¹ *Idem*, § 138.

²² *Idem*, § 144.

traînait à le libérer²³. Devant la Cour, ils alléguaient notamment la méconnaissance par la Roumanie et par la Russie de leur droit de propriété (art. 1 du Protocole n° 1). Là encore, une approche strictement territoriale de la notion de « juridiction » de la Russie, axée sur son *imperium*, amenait à établir celle-ci. En droit international, en effet, le régime particulier des relations diplomatiques et consulaires entre États constitue un titre de juridiction exceptionnel²⁴. D'ailleurs, cette interprétation de la notion de « juridiction » avait clairement été envisagée par la Cour dans l'affaire *BANKOVIC* : il y était rappelé en effet « qu'on rencontre d'autres cas d'exercice extraterritorial de sa compétence par un État dans les affaires concernant des actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires »²⁵.

Mais la Cour ne l'a pas entendu ainsi. Focalisant sur l'imputabilité des faits, elle a conclu que les éléments de la cause « ne suffisent pas pour que les intéressés relèvent de la juridiction de la Fédération de Russie au sens de l'article 1 de la Convention »²⁶. Selon elle, le défaut d'exécution des différentes décisions donnant gain de cause aux requérants « ne saurait être imputé à la Fédération de Russie »²⁷, la même conclusion valant pour la seconde partie du grief des requérants, à savoir l'impossibilité de récupérer leur immeuble. L'interprétation causale de la juridiction de la Russie a ainsi permis à la Cour de laisser hors du champ de la Convention des griefs qu'une interprétation territoriale de la notion l'aurait pourtant amenée à inclure mais sur lesquels, visiblement, elle ne souhaitait pas se prononcer, certainement en raison du caractère éminemment politique des relations diplomatiques et consulaires.

On l'aura compris, lorsque l'approche territoriale de la juridiction des États parties conduit la Cour dans une impasse, elle en retient une approche causale et n'estime cette condition remplie que si les faits reprochés peuvent être attribués à l'État défendeur. Cette interprétation variable de la juridiction des États parties est évidemment stratégique dès lors qu'elle constitue un moyen permettant à la Cour de contourner certaines difficultés juridiques et

²³ C.E.D.H., décision sur la recevabilité *MANOILESCU et DOBRESCU c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005.

²⁴ Voir notamment DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, 7^e éd., pp. 739 et suivantes.

²⁵ C.E.D.H., décision sur la recevabilité *BANKOVIC*, préc., § 73.

²⁶ C.E.D.H., décision *MANOILESCU et DOBRESCU*, préc., § 105.

²⁷ *Idem*, § 106.

politiques qui se présentent à elle. Mais cette stratégie n'a pas seulement pour vocation de faciliter la fonction de juger de la Cour. Elle a des implications plus larges sur la mission impartie à la Convention européenne.

II. Une mission variable impartie à la Convention européenne

La notion de « juridiction » présente des enjeux qui dépassent celui de la responsabilité des États parties. Selon que la Cour en retient une interprétation territoriale ou causale, la Convention est un instrument d'ordre public susceptible de produire des effets juridiques au-delà du Conseil de l'Europe (A.) ou, plus modestement, un traité contractuel limité aux États membres du Conseil de l'Europe (B.).

A. Un traité d'ordre public à vocation universelle

L'approche territoriale de la juridiction d'un État partie amène la Cour à appliquer la Convention européenne à des États non parties à ce Traité. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *SOERING*, une grande partie de l'examen de la Cour a porté sur des éléments de fait et de droit propres aux États-Unis. Ainsi, pour établir si le requérant courait un risque réel d'être condamné à mort et de subir le « syndrome du couloir de la mort »²⁸, la Cour a examiné « le droit et la pratique de Virginie ». Surtout, elle a qualifié les couloirs de la mort de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 de la Convention²⁹, examinant ainsi la pratique d'un État tiers et sanctionnant celle-ci au regard de la Convention européenne. Certes, la Cour prend soin de préciser que seule la responsabilité de l'État contractant qui extradé se trouve engagée³⁰. Pour autant, les effets juridiques produits par la Convention européenne ne se réduisent pas à la mise en cause de la responsabilité internationale d'un État.

Cette application de la Convention européenne au-delà du Conseil de l'Europe vaut également dans l'affaire *ÖCALAN*. Chargée, en l'espèce, de vérifier la conformité de l'arrestation du chef du PKK par les autorités turques sur le territoire kenyan où il

²⁸ C.E.D.H., arrêt *SOERING*, préc., § 98.

²⁹ *Idem*, § 111.

³⁰ *Idem*, § 91.

s'était réfugié, la Cour s'est prononcée sur les conditions d'entrée du requérant au Kenya, sur la participation de la Grèce à cet exil, sur les relations diplomatiques qu'entretient le Kenya avec la Turquie³¹ et avec la Grèce³², et sur les conditions d'interception du requérant par les forces kenyanes. Elle s'est ainsi immiscée dans les affaires intérieures d'un État non partie à la Convention et dans ses relations diplomatiques.

Un tel débordement des effets juridiques de la Convention européenne au reste du monde résulte d'une objectivisation excessive des obligations imposées par ce Traité. Très tôt, la Cour européenne a reconnu que, « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants »³³. Compte tenu de son objet et de son but, il est largement admis que la Convention n'est pas un traité classique fondé sur la réciprocité des engagements des États³⁴ mais qu'elle met à la charge des États des obligations de type intégral dont « l'exécution par une partie est autonome, (...) se suffit à elle-même »³⁵. Un État partie ne saurait donc invoquer la non application ou la mauvaise application de celle-ci par un autre État pour se décharger de ses obligations.

La Cour surestime cependant les conséquences du caractère non-réciproque des obligations des États parties puisqu'elle en déduit leur caractère objectif³⁶. Or, en droit international, l'objectivité d'une obligation va beaucoup plus loin que sa non-réciprocité : elle désigne « des obligations [créées] envers la communauté internationale »³⁷. De sorte que l'utilisation que fait la Cour européenne du qualificatif « objectif » ne rend pas compte de la réalité juridique prévalant dans le système européen mais permet

³¹ C.E.D.H., arrêt *ÖCALAN c. Turquie*, 12 mai 2005, § 95.

³² *Idem*, § 96.

³³ C.E.D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239, réaffirmé notamment dans l'arrêt *LOIZIDOU c. Turquie*, 23 mars 1995, § 70.

³⁴ Notamment VASAK (K.), « Le droit international des droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, 1974, pp. 407 et suivantes ; PICHERAL (C.), *L'ordre public européen. Droit Communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, pp. 189 et suivantes.

³⁵ COULÉE (F.), *Droit des traités et non-réciprocité : recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse dact., Université Paris II Panthéon-Assas, 1999, p. 153.

³⁶ Par ex. C.E.D.H., arrêts *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., § 239 ; *LOIZIDOU c. Turquie*, préc. § 70.

³⁷ DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 58.

de réaliser concrètement l' « ordre public européen » affirmé par la Cour³⁸ en assurant l'application universelle de la Convention. En exigeant, dans l'affaire *ÖCALAN*, que l'interpellation du requérant en territoire kenyan par les autorités kenyanes soit conforme à l'article 5 de la Convention sous peine d'engager la responsabilité de la Turquie ou en considérant, dans l'affaire *SOERING*, que la pratique des couloirs de la mort par les autorités virginienne est contraire à l'article 3 de la Convention, la Cour défend l'idée qu'il existe des valeurs communes supérieures s'imposant aux États parties dans leurs rapports avec d'autres États et auxquelles nul ne peut déroger.

Loin de prétendre opposer la Convention au Kenya (*ÖCALAN*) ou aux États-Unis (*SOERING*) et loin de pouvoir exposer ces États à une quelconque sanction, ces deux affaires tendent plutôt à affirmer que les droits de l'homme proclamés par la Convention, parce qu'ils sont attachés à la seule qualité de la personne humaine, profitent au requérant quel que soit l'État véritablement responsable de la violation. Partant, dans la jurisprudence européenne, l'extraterritorialité de la Convention n'est pas synonyme d'obligations objectives, c'est-à-dire s'imposant à tous les États, puisque seuls les États parties continuent d'être redevables de la Convention, mais de droits individuels objectifs que les particuliers peuvent faire valoir devant un État partie même à l'encontre d'une État non partie.

L'extraterritorialité de la Convention européenne, qui résulte de la transformation des obligations intégrales édictées par ce Traité en droits individuels objectifs, a le mérite d'assurer l'effectivité de ces derniers puisqu'elle permet de combler toute lacune qui pourrait surgir dans l'exercice d'une telle protection. Cependant, cette mission d'ordre public se révèle parfois inconfortable pour la Cour européenne car inadaptée à certaines réalités juridiques et politiques. Pour cette raison, la Cour revient à un rôle de la Convention plus limité.

B. Un traité contractuel limité aux États parties

L'approche universalisante de la juridiction des États parties retenue par la Cour européenne dans certaines affaires n'est pas tenable et conduit parfois celle-ci dans une impasse. Dans ces

³⁸ C.E.D.H., arrêt *LOIZIDOU*, préc., § 75.

hypothèses, la juridiction européenne replace la Convention au cœur de sa source première d'inspiration qu'est le droit international. Confrontée dans l'affaire *BANKOVIC* aux actes commis par les forces de l'OTAN, la Cour rappelle que la Convention est un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » tout en précisant désormais que « la Convention est un traité multilatéral opérant (...) dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants (...). Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde »³⁹. En refusant d'appliquer la Convention en Yougoslavie (*BANKOVIC*) ou au Kosovo (*BEHRAMI*), la Cour réduit le champ d'application territorial de la Convention aux États parties. L'adjectif « européen » ne vise pas l'Europe géographique mais les frontières du Conseil de l'Europe.

Dans ces affaires, la spécificité de l'objet et du but de la Convention ne saurait supplanter les principes du droit international. Face à de nouveaux défis, la Cour européenne serait-elle contrainte d'admettre que le mécanisme européen de protection des droits de l'homme est non seulement inadapté mais aussi impuissant dans certaines circonstances ? Il s'avère que la Convention impose des obligations toujours plus précises, notamment procédurales, dont la précision ne convient pas au contexte des conflits armés en cause dans les affaires *BANKOVIC* ou *BEHRAMI*. Surtout, le mécanisme de plaintes individuelles paraît bien insuffisant pour répondre aux violations massives des droits de l'homme nées de bombardements, de déplacement de populations, de purifications ethniques.

L'orientation universelle que donne la Cour à la Convention, depuis plus de cinquante ans, ne permettant pas de faire du système européen un mécanisme de droit international humanitaire, ajouté au fait qu'il existe des mécanismes en la matière (les juridictions pénales internationales, notamment), conduisent la Cour à se recentrer sur le caractère contractuel et régional de la Convention. La Cour semble aujourd'hui privilégier la Communauté des États parties et souhaite surtout œuvrer pour une protection effective des droits de l'homme sur leur territoire national. L'affaire *ILASCU* en est une illustration : confrontée à des violations massives commises en Transnistrie, la notion de juridiction sert à fonder l'existence

³⁹ C.E.D.H., décision sur la recevabilité *BANKOVIC*, préc., § 80. Le mot européen est souligné dans la décision.

d'un droit pour les individus d'être placés sous la protection effective de l'État légitime⁴⁰.

Une interprétation de la notion de « juridiction », à la fois resserrée à la Communauté des États Parties et renforçant le contenu des obligations qu'elle impose, ne va pas sans soulever certaines difficultés. D'un point de vue général, elle risque de ramener la protection des droits de l'homme à l'Europe et au monde occidental. Plus particulièrement, elle révèle un manque de cohérence juridique. Le critère du « contrôle effectif » utilisé par la Cour sert davantage à établir la responsabilité d'un État à l'extérieur de ses frontières qu'à exclure sa responsabilité sur une partie de son territoire. Il est alors permis de douter de la cohérence juridique d'une telle absence de réversibilité et de s'interroger sur ses raisons politiques. On peut notamment se demander pourquoi ce qui vaut pour la situation chypriote dans l'affaire *Chypre c. Turquie* ne vaut pas pour la situation moldave dans l'arrêt *ILASCU*. Est-ce à dire que là où la responsabilité de la Turquie suffisait à combler une lacune dans la protection conventionnelle et permettait donc d'exonérer Chypre de ses obligations, l'engagement de la responsabilité de la Russie dans l'affaire transnitrienne ne paraît pas suffisante au point que la Cour préfère y adjoindre la responsabilité de la Moldavie ? À moins que l'obligation imposée à la Moldavie de rétablir son autorité sur une partie de son territoire ne témoigne de la volonté de la Cour d'anticiper des situations futures, les territoires échappant au contrôle d'un État partie à la Convention n'étant pas isolés⁴¹.

L'approche stratégique de la juridiction des États parties dans la jurisprudence européenne illustre les rapports dynamiques qu'entretiennent les espaces et le droit. Cette approche détermine la portée des engagements des États parties et l'étendue de la compétence de la Cour tout en conditionnant l'effet juridique de la Convention européenne. Elle montre surtout que l'espace juridique des États et l'espace des droits de l'homme garantis pas la Convention ne coïncident pas toujours.

⁴⁰ C.E.D.H., arrêt *ILASCU*, préc., 2004.

⁴¹ La Géorgie et l'Azerbaïdjan se heurtent également à ce problème. Sur ce point, voir KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne... », *op. cit.*, pp. 73 et suivantes.

LA RECOMPOSITION DES ESPACES JURIDICTIONNELS DANS LA MOTIVATION DES DÉCISIONS DE LA COUR SUPRÊME AMÉRICAINE

Candice MÉRIC, Lectrice à l'Université de Virginie (États-Unis)

Pour perfectionner son système juridique, un État se tourne assez fréquemment vers des concepts issus du droit international ou du droit étranger. S'agit-il d'un échange ? D'un emprunt ? D'une imitation ? On peut, avec Jean RIVERO, dire que « [s]i l'on pouvait emprunter le langage de la chirurgie avancée, c'est à la greffe d'organes qu'on aurait recours, à cette nuance près – qui est d'importance ! – que l'organe [juridique], institution ou règle, possède sur l'organe vivant l'enviable supériorité de pouvoir être greffé sans dépossession du donneur : celui-ci garde l'original, et c'est un fac-similé qui va tenter de s'intégrer dans son nouveau milieu. Mais dans les deux cas, le problème est de savoir si la greffe prendra, si l'organe va s'incorporer dans le tissu qui l'a reçu, ou si, au contraire, un phénomène de rejet se produira »¹.

Parce qu'il a longtemps été de bon ton de parler d'exception américaine, la matière juridique ne dérogeant pas à la règle, on peut s'étonner d'avoir choisi de citer ces quelques mots de Jean RIVERO, qui paraissent s'adresser à des États en faveur d'une coalescence juridique. En effet, n'en déplaise à Théophile GAULTIER, qui affirmait que « quiconque n'a pas commencé par imiter ne sera jamais original », les États-Unis s'étaient piqués de n'imiter en rien, et d'être innovateurs en tout. Pourtant, pour le Professeur CLEVELAND, la Constitution américaine est une Constitution « internationale »². Le Professeur de Columbia va jusqu'à affirmer l'existence d'une tradition xénophile dans l'histoire constitutionnelle américaine sans pour autant que cela n'ait entraîné une controverse sur le *principe* de citation de telles sources dans le cadre du contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour suprême. La polémique a donc éclaté dans la dernière formation de la Cour sous la présidence de REHNQUIST, avec

¹ RIVERO (J.), « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », 1972, *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 459-473.

² CLEVELAND (S. H.), « Our International Constitution », *The Yale Journal of International Law*, 2006. L'adjectif *international* doit ici être entendu au sens large de « *supranational* » et « *étranger* ». Des décisions comme *Roper* citent des dispositions de traités internationaux et font référence aux droits étrangers qui, cumulés les uns aux autres, laissent apparaître l'opinion internationale.

pour hérauts de cette crispation, outre le président de la Cour, les Juges SCALIA et THOMAS³, qui ont mis à l'index la référence, non pas seulement à du droit international *stricto sensu*, mais à l'agrégat de droits étrangers.

Leur crainte d'une gouvernance de la norme étrangère⁴ a, dans leur croisade constitutionnelle, trouvé un écho chez certains membres de la Chambre des Représentants, comme le représentant de Floride Tom FEENEY, qui sont allés jusqu'à affirmer l'inconstitutionnalité de la référence à du droit étranger et à prôner, dans une proposition de loi intitulée « pour la réaffirmation de l'indépendance américaine »⁵, la destitution de ces « juges internationalistes qui favorisent les lois de pays étrangers face au droit américain ». Si la proposition de loi a été rejetée par le Congrès, les propos de John G. ROBERTS, lors d'une audience publique peu avant sa confirmation par le Sénat au poste de président de la Cour suprême – propos par lesquels il affirme que la « consultation de la jurisprudence de l'étranger constituait “un emploi abusif des précédents” »⁶ – laissent songeur. Mis en perspective avec le départ en 2005 de la juge internationaliste O'Connor, remplacée par le juge ALITO, d'obédience conservatrice, ces propos semblent sinon compromettre, du moins

³ CLEVELAND (S. H.), « Our International Constitution », *op. cit.*, « Few jurists in the past have adopted the absolutist view of American constitutional exceptionalism embraced by Justices Scalia and Thomas. To be sure, justices at times have objected to the use of international law, but their objections generally have derived from interpretation of a particular constitutional provision or international rule, rather than from a blanket prohibition against considering international law in determining constitutional meaning. In other words, the Court's historical use of international law has been instinctive and generally uncontroversial in a wide range of contests, including the interpretation of individual rights. [...] ».

⁴ Cela transparait notamment chez le Juge SCALIA dans son opinion dissidente dans *Roper*: « *Though the views of our own citizens are essentially irrelevant to the Court's decision today, the views of other countries and the so-called international community take center stage* ».

⁵ H.Res. 372—Reaffirmation of American Independence Resolution. Le but de cette proposition de loi est on ne peut plus explicite: « *Expressing the sense of the House of Representatives that judicial determinations regarding the meaning of the Constitution of the United States should not be based on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements inform an understanding of the original meaning of the Constitution of the United States.* »

⁶ AMANN (D. M.), « Le transnationalisme face à la transition », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octobre-décembre 2005, pp. 966-969.

retarder les chances d'une refonte en profondeur du cadre de référence aux normes non américaines.

Les critiques qui ont jalonné la jurisprudence de la Cour au début des années 2000 sont contemporaines et symptomatiques d'une recomposition de l'utilisation des références non américaines, recomposition que l'on peut notamment constater au travers de deux décisions : *LAWRENCE v. Texas*⁷ du 26 juin 2003, qui rend inconstitutionnelle la loi texane criminalisant la sodomie homosexuelle, et *ROPER v. SIMMONS*⁸ du 1^{er} mars 2005 qui rend inconstitutionnelle la peine de mort pour les mineurs de plus de seize ans.

Nous verrons que, de façon paradoxale, c'est par la consécration explicite du recours au droit étranger dans *LAWRENCE* que la Cour fait le constat d'échec de la méthode traditionnelle de ce recours (I.). La décision *ROPER* de 2005 s'est avérée un discours sans méthode sur le poids des références au droit étranger et au droit international, la Cour suprême échouant dans la définition d'un cadre univoque de consultation des normes étrangères et internationales pertinentes (II.).

I. *LAWRENCE v. Texas* ou la double inconstance

La décision *LAWRENCE* du 23 juin 2003 est un revirement de jurisprudence de l'arrêt *BOWERS v. HARDWICK*⁹ du 31 mars 1986. Monsieur *HARDWICK* avait été surpris chez lui par la police de Géorgie au milieu de relations homosexuelles avec un adulte consentant. La Cour suprême fédérale avait jugé que la Constitution américaine ne consacrait pas de droit à la sodomie homosexuelle, affirmant ainsi la constitutionnalité de la loi de Géorgie qui en interdisait la pratique.

Dans l'affaire *LAWRENCE v. Texas*, des faits similaires se produisent : au cours d'une perquisition des policiers surprennent John G. *LAWRENCE* avec un adulte consentant. Saisie par Monsieur *LAWRENCE*, la Cour suprême affirme que la décision *BOWERS* de 1986 est une erreur de jugement. Cette erreur est mise en évidence par la citation de l'arrêt *DUDGEON c/ Royaume-Uni*¹⁰

⁷ *LAWRENCE v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

⁸ *ROPER v. SIMMONS* 543 U.S. 551 (2005).

⁹ *BOWERS v. HARDWICK* 478 U.S. 186 (1986).

¹⁰ C.E.D.H. Plen., 22 octobre 1981, *DUDGEON c/ Royaume-Uni*.

de la Cour EDH du 23 septembre 1981 par lequel la Cour de Strasbourg avait affirmé que la loi nord-irlandaise criminalisant les relations homosexuelles était contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹ qui a notamment trait au respect de la vie privée.

Dans *LAWRENCE* la Cour démontre, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, que le droit étranger a été mal utilisé dans *BOWERS (A.)*. Il apparaît aussi que dès 1986 la Cour disposait de tous les arguments juridiques internes suffisants pour arriver à la conclusion de 2003 (*B.*).

A. L'utilisation du droit étranger sur le banc des accusés

La décision *LAWRENCE* procède à la mise en accusation rétrospective du droit étranger, en démontrant que celui-ci a fait l'objet d'une utilisation partielle et partielle.

On ne peut que s'étonner de ce que la Cour suprême américaine n'ait pas jugé bon, en 1986, d'évoquer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui datait de cinq ans. C'est d'autant plus étonnant que la Cour fait le choix de citer le Code Théodosien (qui date de 439 après J.C.) et le Code de Justinien (529 après J.C.), en affirmant que la sodomie homosexuelle était un crime en droit romain. Et de citer *BLACKSTONE* évoquant dans ses célèbres *Commentaires* la sodomie comme « ce crime dont on n'ose prononcer le nom ». La Cour invoque enfin le consensus des nations occidentales autour de l'interdiction de la sodomie, ce qui est troublant lorsque l'on note qu'en 1981 le Conseil de l'Europe comptait vingt-et-un membres dont la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Norvège – pour ne citer qu'eux – tous soumis à la jurisprudence de la Cour européenne. Naturellement la Cour ne prend pas la peine d'identifier les États occidentaux qui

¹¹ « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

criminalisent la sodomie homosexuelle (ce qu'elle aurait eu bien du mal à faire, l'eût-elle tenté).

De façon assez périlleuse, la Cour *BURGER* invente de toute pièce un consensus qui flirte quelque peu avec la notion de *ius cogens*, que la Cour n'évoque pas et rejette traditionnellement de façon vigoureuse.

Il peut aussi paraître étrange qu'il soit question uniquement de sodomie homosexuelle dans la décision de la Cour suprême, là où la loi de Géorgie visait la sodomie sans préciser le sexe. C'est dans cette même optique partielle que la Cour évoque l'interdiction de la sodomie homosexuelle en droit romain, alors même que cette interdiction visait la pratique et non les orientations sexuelles des personnes qui la pratiquaient (ce qui est corroboré par le fait que la distinction entre hétérosexuels et homosexuels a été tardive). La Cour dans *BOWERS* ne s'attache pas aux fondements de l'interdiction de la sodomie, cette interdiction reposant en fait sur la volonté de jeter l'anathème sur toute pratique ne conduisant pas à la procréation (ce qui explique que la sodomie ne désigne pas *stricto sensu* le sexe anal mais plus largement le sexe oral, jugé contre nature, ainsi que la zoophilie). Le deuxième fondement à la criminalisation de la sodomie est la prévention des viols. La Cour dans *BOWERS* préfère utiliser des faits bruts qu'elle manipule et qui font œuvre d'arguments d'autorité.

B. Le verdict : le caractère superflu du droit étranger

La citation dans *LAWRENCE* de la jurisprudence européenne *Dudgeon* a permis de mettre en évidence que la Cour *BURGER* avait mal juger l'affaire. Le Juge *POWELL* avait d'ailleurs affirmé peu de mois après *BOWERS*, alors même qu'il avait fait partie des juges de la majorité, que le raisonnement était biaisé, et que les arguments juridiques de la minorité dissidente emportaient la conviction¹².

¹² *SHILTS (R.)*, *Conduct Unbecoming: Gays and Lesbians in the U.S. Military*. *St. Martin's Griffin*, 1993, p. 542: « In 1990, three years after retiring from the Court, *POWELL* told a group of *New York University* law students that he considered his opinion in *Bowers* was an error. "I do think it was inconsistent in a general way with *ROE*. When I had the opportunity to reread the opinions a few months later I thought the dissent had the better of the arguments" ».

Il ne faut pas faire accroire que la Cour en 2003 a calqué son raisonnement sur celui de la Cour de Strasbourg qui fonde l'arrêt *DUDGEON* sur l'article 8 de la Convention européenne.

Il est bon de rappeler qu'il n'y a pas, dans la Constitution américaine, pas plus que dans la Déclaration des Droits, de consécration explicite du droit à la vie privée tel qu'il existe en Europe. Ce droit est issu de la jurisprudence *GRISWOLD v. Connecticut*¹³ de 1965 qui a rendu constitutionnelle la contraception. Le Juge DOUGLAS avait écrit qu'apparaissaient dans la Déclaration des Droits des garanties spécifiques qui contribuaient à dessiner des espaces de vie privée, et que ce droit était protégé par le XIVème amendement (garantie d'une procédure régulière)¹⁴. On est bien loin de l'affirmation explicite du droit à la vie privée tel qu'on le connaît en droit conventionnel européen. En 1973, dans la décision qui a constitutionnalisé le droit à l'avortement¹⁵, la majorité reprend l'argument de la vie privée de *GRISWOLD*, et on ne peut que s'étonner que la Cour en 1986 n'ait pas, après les contraceptifs et l'avortement, renvoyé la sodomie à la sphère privée et au libre arbitre des individus. *LAWRENCE* se situe donc dans la continuité des décisions précédentes concernant la détermination d'un droit à la vie privée, sur le fondement du XIVème amendement qui dans l'Opinion de la Cour dans *BOWERS* était le grand absent. Seules les opinions dissidentes s'étaient en effet placées sur ce niveau d'argumentation.

Il ne faut pas méjuger du poids à donner à la jurisprudence européenne dans la décision *LAWRENCE* de 2003. Si cette référence conventionnelle fait office de catalyseur, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est utilisée qu'à titre confortatif, mettant rétrospectivement en évidence que la Cour disposait en 1986 de toutes les cartes pour affirmer que la sodomie était un acte qui relevait de la vie privée. La décision *LAWRENCE* s'inscrit donc dans la parfaite continuité de la jurisprudence américaine sur la vie privée.

¹³ *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

¹⁴ On peut lire dans l'Opinion de la Cour rédigée par le Juge Douglas que : « [some] cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...] Various guarantees create zones of privacy ».

¹⁵ *ROE v. WADE* 410 U.S. 113 (1973).

II. *ROPER* v. *SIMMONS* ou le discours sans méthode

En 1988, la Cour suprême américaine avait affirmé, sur le fondement du VIII^{ème} amendement interdisant les châtimens cruels et inhabituels¹⁶, que la peine de mort appliquée aux mineurs de moins de quinze ans était inconstitutionnelle. En 1989, dans l'affaire *STANFORD* v. *Kentucky*¹⁷, la Cour suprême avait réaffirmé la constitutionnalité de la peine de mort pour les mineurs de plus de seize ans. La même année, dans *PENRY* v. *LINAUGH*¹⁸ la Cour avait également confirmé la constitutionnalité de la peine de mort pour les handicapés mentaux. En 2002, dans la décision *ATKINS* v. *Virginia*¹⁹, la Cour suprême opère un revirement de jurisprudence de la décision *PENRY* et affirme que la peine de mort pour les handicapés mentaux est inconstitutionnelle et viole le VIII^{ème} amendement. En 1993, Christopher SIMMONS, âgé de dix-sept ans, prémédite un meurtre. Accompagné d'un camarade de classe, il s'introduit chez leur victime, vole de l'argent, la ligote et la jette, encore vivante, du haut d'un pont. En 2002, la Cour suprême du Missouri le condamne à la perpétuité réelle en se fondant sur l'argumentation développée par la Cour suprême fédérale dans *Atkins* : l'existence d'un consensus national en faveur de l'abolition de la peine de mort pour les handicapés mentaux, ce qui est contesté par le procureur du Missouri qui forme un recours en *certiorari* devant la Cour suprême fédérale, les Cours suprêmes étatiques étant liées par les jurisprudences de la Cour suprême de Washington. La Cour suprême, dans *ROPER*, va donc tenter d'établir l'existence d'un consensus national en faveur de l'abolition de la peine de mort pour les mineurs (A.). L'identification du consensus repose notamment sur l'évolution des lois portant sur ce sujet et sur les sentences décidées par les *juries* de part et d'autre les États-Unis (B.).

A. La falsification du consensus national

La constitutionnalité de la peine de mort est remise en cause sur le fondement du VIII^{ème} amendement. La Cour suprême a dégagé au cours de sa jurisprudence des critères afin de déterminer le

¹⁶ « Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted ».

¹⁷ *STANFORD* v. *Kentucky* 492 U.S. 361 (1989).

¹⁸ *PENRY* v. *LINAUGH* 492 U.S. 302 (1989).

¹⁹ *ATKINS* v. *Virginia* 536 U.S. 304 (2002).

contenu de cet amendement. Elle a ainsi affirmé depuis la décision *TROP v. DULLES*²⁰ de 1958 que l'examen des châtimens cruels et inhabituels se faisait à l'aune de l'évolution des critères de convenance qui caractérisent une société qui arrive à maturité²¹. Ces critères « objectifs », qu'elle a notamment identifiés dans *ATKINS* sous la forme d'un consensus national, sont contrebalancés par le jugement personnel (on n'ose dire moral !) des juges au sujet de la peine de mort (*COKER v. Georgia* 1977²²). Dans *Atkins*, la Cour avait identifié la présence d'un consensus national en faveur de l'abolition de la peine de mort pour les handicapés mentaux à travers le faible recours à ce type de peine par les *juries*, mais aussi en raison de l'abrogation de lois étatiques légalisant une telle peine.

La Cour tente, dans *ROPER*, de calquer le raisonnement d'*ATKINS*²³. Paradoxalement, c'est en voulant conforter le consensus national par un consensus international qu'elle le fragilise et qu'elle rend suspect son raisonnement, qui s'apparente plutôt à une simple résonance.

Comme dans *BOWERS*, la Cour semble ne prêter aucun intérêt aux fondements de l'abolition de la peine de mort pour les mineurs, et utilise cette réalité comme un fait brut, comme un fait d'autorité. Elle ne s'interroge pas notamment sur les conditions d'application des peines dans des États tels le Pakistan ou l'Iran²⁴, qui ne connaissent pas l'introduction de circonstances atténuantes, ni les possibilités multiples de recours, tant au niveau étatique que fédéral, qui caractérisent le système américain.

²⁰ *TROP v. DULLES* 356 U.S. 86 (1958).

²¹ La décision *TROP* insiste sur la nécessaire référence aux « *evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* » to determine which punishments are so disproportionate as to be « *cruel and unusual* ».

²² *COKER v. Georgia* 433 U.S. 584 (1977).

²³ DORF (M. C.), « The hidden international influence in the Supreme Court decisions barring executions of the mentally retarded », 26 juin 2002. Disponible sur : <http://writ.news.findlaw.com/dorf/20020626.html>. Le Professeur DORF, de la Cornell Law School, rappelle que ces deux décisions ont été appelées « *sœurs siamoises* ».

²⁴ C'est un des arguments que le Juge SCALIA fait valoir dans son opinion dissidente, en faisant remarquer que le système américain, par l'introduction de circonstances atténuantes, par la présence de jurys, n'a rien à voir avec des États dans lesquels la sanction est rendue automatique pour certains crimes. On peut également évoquer, pour abonder en son sens, le grand nombre de recours que l'on peut faire, tant au niveau étatique que fédéral, et qui font défaut à certains États.

De la même façon que dans *BOWERS* la Cour parlait de condamnation de la sodomie homosexuelle en édulcorant qu'il s'agissait de sodomie quel que soit le sexe des personnes, elle évoque ici le rejet massif de la peine de mort pour les mineurs en omettant que ce rejet concerne la peine de mort *dans son ensemble*. Comme le remarque le Professeur YOUNG, la Cour a grossi le dénominateur²⁵ : pour déterminer un consensus national, la Cour procède à la division du nombre d'États qui n'ont pas aboli la pratique par ceux qui l'ont abolie. Avant *ROPER*, on identifie trente États sans la peine de mort pour les mineurs (douze d'entre eux ne comptant pas la peine capitale parmi leur arsenal pénal)²⁶. Parmi les vingt restants, trois États (le Texas, la Virginie et l'Oklahoma) concentrent 82% des exécutions²⁷, l'utilisation étant désuète dans certains États. Le Juge SCALIA conteste cela en affirmant qu'il ne faudrait pas tenir compte des douze États qui ont aboli la peine de mort dans son ensemble. Si l'on suit son raisonnement, on se retrouve avec une division en défaveur d'un consensus national, puisque sur trente-huit États pratiquant la peine de mort dans son ensemble, vingt l'appliquent à des mineurs. On peut aussi affirmer que la faible fréquence des exécutions ne préjuge en rien du rejet de l'application de cette peine ; ainsi, dans le cas précis du Missouri, la dernière exécution datait de 1921.

Pour le Professeur YOUNG, le fait même d'avoir recours à des normes étrangères est la preuve de l'inconsistance de la thèse d'un consensus national : la Cour semble diviser le nombre d'États rétentionnistes par le rejet unanime de la communauté internationale²⁸. Le consensus international est en effet sans appel,

²⁵ YOUNG (E. A.), « Foreign law and the denominator problem », *Harvard Law Review*, 2005, pp. 148-167. Pour le Professeur Young, de la Duke Law School, le fait même d'avoir recours à des normes étrangères est la preuve de l'inconsistance de la thèse d'un consensus national : « *the point of swelling the denominator is that it is not big enough without these foreign practices* ».

²⁶ Le Juge SCALIA conteste cela en affirmant qu'il ne faudrait pas tenir compte des 12 États qui ont aboli la peine de mort dans son ensemble. Si l'on suit son raisonnement, on se retrouve avec une division en défaveur d'un consensus national, puisque sur 38 États pratiquant la peine de mort dans son ensemble, 20 États la pratiquent pour des mineurs...

²⁷ American Bar Association, « *Evolving Standards of Decency* », *Cruel and Unusual Punishment : The Juvenile Death Penalty*, janvier 2004. Disponible sur <http://www.abanet.org/crimjust/juvjus/EvolvingStandards.pdf>.

²⁸ Cependant, comme le remarque le Professeur CLEVELAND, « *cases such as ROPER, where international law has clearly and uniformly articulated a position regarding the acceptability of punishment contrary to U.S. law, and where that*

les derniers États voyous continuant à pratiquer officiellement la peine de mort pour les mineurs depuis le début des années 1990 ayant été mis au pas²⁹ : on peut songer par exemple à l'adoption par le Parlement iranien en décembre 2003 d'un projet de loi portant à dix-huit ans l'âge d'imposition de la peine de mort.

L'insistance avec laquelle la Cour a assuré que les normes étrangères n'étaient pas impératives, qu'elles ne constituaient qu'une « confirmation » du consensus national a été mise à mal parce que la Cour n'a pas recherché les fondements même de l'abolition de la peine capitale pour les mineurs mais les faits bruts, les laissant apparaître comme autant d'arguments d'autorité.

B. L'utilisation inconsistante du droit international

Si la Cour suprême occulte la jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme qui la condamnait en 2002 pour l'application de la peine de mort pour les mineurs, elle choisit, de façon surprenante, de citer des traités internationaux qui ne lient pas les États-Unis pour corroborer l'inconstitutionnalité de cette peine.

1. L'omission de la jurisprudence de la Commission interaméricaine³⁰

On a pu noter l'absence de citation de la jurisprudence *DOMINGUES c. États-Unis* de 2002³¹, alors même que l'affaire était expressément citée par les anciens diplomates américains dans leur dossier³² à la Cour suprême. La similarité avec l'affaire

international rule is supported by near-universal state practice, are extraordinarily rare ».

²⁹ « En 1997, le Code chinois révisé entrainé en vigueur, mettant fin à l'application de la peine de mort à des délinquants de moins de 18 ans ; au Pakistan en juillet 2000, l'Ordonnance relative à la justice pour mineurs abolissait la peine de mort pour les délinquants mineurs ; en décembre 2003, le parlement iranien adoptait un projet de loi portant à dix-huit ans l'âge minimum légal d'imposition de la peine de mort », <http://www.revolt.es/mineurs.htm>.

³⁰ BERNAZ (N.), « L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux États-Unis : Quelques remarques à propos de l'arrêt *ROPER v. SIMMONS* du 1^{er} mars 2005 », *RFDC*, 66, 2006, pp.437-448.

³¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Domingues contre États-Unis*, 22 octobre 2002.

³² Brief of amici curiae former U. S. diplomats, disponible sur http://www.njdc.info/pdf/death_penalty/diplomats.pdf.

ROPER était pourtant frappante: en 1993, un adolescent de seize ans commettait un double meurtre de premier degré (le plus grave) sur une femme et son enfant de quatre ans. Condamné à mort en 1994 par la Cour suprême du Nevada, Michael DOMINGUES s'était vu débouté en appel par cette même Cour. La Cour suprême fédérale, saisie par la suite, avait refusé un recours en *certiorari* au requérant – qui se fondait sur l'illégalité de la réserve des États-Unis à l'article 6(5) du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) qui dispose qu' « une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans [...] »³³.

Michael DOMINGUES fut donc contraint, en dernier recours, de saisir la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (la Commission), organe de l'Organisation des États Américains (O.E.A.) dont les États-Unis sont membres. Il contestait l'application de la peine de mort aux mineurs en se fondant en particulier sur l'article 1^{er} de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme adoptée par l'O.E.A. en 1948 et qui assure un droit à la vie³⁴. En 2002, la Commission rendait un arrêt dans lequel elle condamnait les États-Unis en raison de l'émergence d'une « norme de droit international coutumier interdisant l'exécution des criminels de moins de dix-huit ans lors du crime »³⁵. La Commission affirmait plus loin que cette interdiction était « reconnue comme suffisamment constante pour pouvoir constituer une norme de jus cogens »³⁶. Si la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose dans son article 53 qu'une norme de *jus cogens*, ou norme impérative du droit international général, est « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère », on peut bien

³³ BERNAZ (N.), « L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux États-Unis... », *op. cit.* L'auteur rappelle que « les refus d'accorder un recours *en certiorari* ne sont pas [cependant] pas des précédents ».

³⁴ « Tout être humain a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ».

³⁵ Brief of *amici curiae* former U. S. diplomats, *op. cit.*, p.13: « A norm of international customary law has emerged prohibiting the execution of offenders under the age of 18 years at the time of their crime ».

³⁶ Brief of *amici curiae* former U. S. diplomats, *op. cit.*, p.13 : « this rule has been recognized as being of a sufficiently indelible nature to now constitute a norm of jus cogens ».

s'interroger sur le caractère contraignant des normes impératives, les États-Unis n'ayant pas encore ratifié la Convention de Vienne de 1969. Si l'on est tenté d'affirmer que les États-Unis dénie à certaines normes internationales un caractère impératif, comme semble en attester leur silence au sujet de la jurisprudence *Domingues*, la référence explicite, et pour le moins curieuse, à d'autres normes internationales laisse dubitatif.

2. La citation pour le moins extravagante du droit international conventionnel

De manière pour le moins étonnante, la Cour suprême cite, afin d'illustrer la condamnation par la communauté internationale de la peine de mort pour les mineurs, d'une part ce même article 6(5) du PIDCP auquel les États-Unis ont mis une réserve et sur lequel Michael DOMINGUES se fondait et, d'autre part, la Convention de New York sur les Droits de l'enfant que les États-Unis sont les seuls au monde, avec la Somalie, à n'avoir pas ratifié, et qui rejette fermement la peine de mort pour les mineurs³⁷. Ainsi que le remarque pertinemment le juge SCALIA dans son opinion dissidente, il est difficile de concevoir en quoi cet argument réfute, plutôt qu'il ne la prouve, la constitutionnalité de la peine de mort pour les mineurs. La Cour suprême, eût-elle voulu parvenir à la conclusion que la peine de mort appliquée aux mineurs était constitutionnelle, aurait invoqué le Pacte auquel elle est réservataire, et la Convention qu'elle n'a pas ratifiée³⁸.

On a beaucoup jaser sur les multiples voyages en Europe de certains juges de la Cour suprême, notamment KENNEDY et BREYER, certains journalistes évoquant la jurisprudence *ROPER* comme une conséquence de « l'effet de Strasbourg »³⁹. À bien des

³⁷ L'article 6-1 dispose que « Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie ». L'article 37 va beaucoup plus loin encore en précisant que « Les États parties veillent à ce que a) nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de 18 ans ».

³⁸ « *Unless the Court has added to its arsenal the power to join and ratify treaties on behalf of the United States, I cannot see how this evidence favors, rather than refutes, its position* ».

³⁹ DORF (M. C.), « The hidden international influence in the Supreme Court decisions... », *op. cit.* : « *In recent years, U.S. Supreme Court Justices have attended numerous international conferences with their counterparts from the ECHR, the European Court of Justice [...], and members of constitutional courts from other nations. Notably, Justices O'Connor and Kennedy are among the most*

égards, l'utilisation de la jurisprudence étrangère et du droit international pourrait s'apparenter à une marque de courtoisie⁴⁰ et, pour continuer la métaphore filée de Jean RIVERO, la chirurgie juridique serait réduite à une chirurgie esthétique plutôt que réparatrice. On peut aussi y voir une marque de confiance de la Cour suprême dans l'œuvre juridique étrangère. Il faut peut-être tout simplement admettre que la Cour, dans des décisions de principe comme *ROPER v. SIMMONS*, a jugé en équité plutôt qu'en droit. Le problème n'est alors plus de savoir si l'utilisation du droit non américain a droit de visite, mais porte bien plus sur la légitimité de ce jugement moral qui est reconnu à la Cour depuis *COKER v. Georgia* (1977).

enthusiastic participants in such conferences, and for many years Justice Kennedy has taught a summer course comparing American and European approaches to human rights in Salzburg, Austria ».

⁴⁰ Pour prendre la mesure de la réciprocité des emprunts juridiques voir notamment FLAUSS (J.-F.), « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 62/2005, pp. 313-331.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Gilles GUGLIELMI, Professeur à l'Université Paris 2

« À la recherche... d'une épistémologie, de définitions et de catégories », ou bien « Jeunes chercheurs partageraient appartement » (Barbet SCHROEDER, 1992) pour les amateurs de cinéma. Tel pourrait être le titre de cette synthèse. La journée de recherche d'aujourd'hui en dit autant sur les juristes universitaires que sur le droit et la géographie ; autant sur le discours d'interprétation du droit que sur la compréhension des normes existantes et de leur technologie d'agencement.

À première vue, le sujet abordé était d'un intérêt certain et d'une grande pertinence matérielle. Il a été néanmoins assez fréquemment traité dans les sciences sociales, en géographie (PACTE Rennes) en histoire du droit (Journées internationales sur la frontière), en sciences administrative et politique. L'espace et le droit sont par ailleurs les thèmes essentiels de travail du centre de recherches du Professeur Mireille COUSTON. Cette apparence est cependant assez trompeuse. L'espace est un concept dont l'origine et les usages principaux sont étrangers au monde du droit. En revanche, il peut servir de fil directeur, d'outil de travail, d'analyseur, au centre même de la démarche de recherche juridique.

Aborder un tel sujet soulève cependant de grandes difficultés. Tenter de dessiner, à partir d'une investigation thématique portant sur différentes branches du droit (international, européen, constitutionnel, administratif, fiscal), les contours d'une notion aussi vaste est nécessairement ambitieux. Cette entreprise ne peut progresser sans prendre en compte les implications du thème dans les champs, non seulement social et politique, mais encore psychologique, bref en se rapportant aux représentations mentales du sujet de droit et de l'interprète du droit. Par ailleurs, les questions ici évoquées par des juristes renvoient inévitablement à des déterminations bien plus générales, qui impliquent d'adopter une perspective véritablement interdisciplinaire et de suivre une méthode épistémologique.

L'épistémologie, perspective assumée par Vincent THIBAUD à la recherche de l'intérêt privé dans l'espace commun, étudie de manière critique la méthode scientifique, les formes logiques et les modes d'inférence utilisés par la science du droit, de même que ses concepts, principes fondamentaux, théories et résultats afin de

déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective. En d'autres termes, qu'est-ce que la connaissance juridique? Comment s'élabore-t-elle? Comment apprécier sa validité?

Pour tenter de répondre à ces questions, les différents intervenants ont souvent dû jouer avec de subtiles difficultés tenant à l'objet même de cette connaissance. Sommes-nous dans le domaine du droit ou de la science politique ? Geneviève IACONO a étudié en ce sens l'exercice de la puissance et son intégration du droit, le brouillage des repères entre espaces nationaux et internationaux dans les relations internationales, où « le territoire comme espace d'application d'un seul droit vole en éclats ». Décrypte-t-on la stratégie d'une Cour qui maîtrise l'interprétation de la notion de juridiction territoriale afin de répondre aux enjeux politiques de ses décisions pour les États parties, comme l'a démontré Béatrice DELZANGLES ? Touche-t-on à la sociologie ou à la philosophie du droit lorsqu'on envisage comme Patricia BRANCO le rôle de l'architecture dans ce droit fondamental que constitue l'accès au droit ? Vise-t-on à l'art ? Le droit est, disait-on, *ars aequi et boni* et l'architecture est l'un des Beaux-arts. S'ouvre-t-on à la Poésie ? Entre sacré et profane, souveraineté et humanité, distance et proximité, se tendent les lignes visibles et invisibles du droit et de l'Art royal. À défaut de porte étroite, la porte ici serait basse et il faudrait des mots de passage.

Le problème le plus fondamental a rapidement pu émerger sous la présidence inspirée du Professeur Baptiste BONNET. Quelle position adopte la science du droit entre ce qui relève de la connaissance et ce qui relève de la croyance ? Les éléments de réponse sont anciens. *Regere fines, regere sacra*. Le Pontife, en droit romain, en fixant la frontière, les limites, désignait le sacré, et par cela il représentait le pouvoir. Dans un système juridique, la notion de sacré ne relève pas de la croyance en une essence du sacré, mais d'un fait objectif : l'indisponibilité, l'inaccessibilité, l'intangibilité. C'est donc de la délimitation d'espaces particuliers que le droit tire sa propre assise. Ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas ; ce qui est extérieur au sujet de droit et ce sur quoi il peut influencer ; ce qui relève du droit décidé et ce qui relève du droit jugé ; ce qui se vit entre sujets de droit et ce qui se réclame à un tiers-arbitre. Mais ces ensembles, ces classements, n'ont d'espaces que le nom.

Il est primordial de distinguer, comme l'a fait le Professeur Geneviève KOUBI, l'espace du discours de l'espace de la norme elle-même. Il est en effet ambigu de dire « l'espace du droit »

quand on travaille sur le droit. Il ne peut s'agir que d'un point de vue endogène, circulaire, qui caractérise l'espace dans lequel le locuteur se situe en tant que spécialiste. Le vocable « espace » traduit donc un schéma, nécessairement artificiel, de représentation d'un problème devant recevoir un traitement juridique.

Le **concept** même d'espace juridique mérite d'être interrogé. Sans doute la métaphore est-elle tentante. Pourtant il est très difficile de réduire à deux dimensions la représentation que chaque acteur ou interprète du système juridique peut avoir d'un ensemble multidimensionnel d'éléments normatifs. De nombreux intervenants et contributeurs sont revenus sur ce point sans véritablement le régler ou procéder d'une démarche commune. Vahit POLAT a bien montré dans l'adhésion de Chypre à l'UE sans règlement de la division de l'île, que les solutions juridiques ne peuvent être que temporaire et reposer sur des fictions, sans compter les problèmes de définition du territoire, et de qualification des zones échappant au contrôle effectif du gouvernement. En revanche les participants s'accordent sur la différenciation nécessaire entre espace et territoire, tel Guillaume PROTIÈRE qui relève la différence de terminologie entre les arrêts de la C.I.J. et la théorisation de la doctrine, ou Mathilde PHILIP-GAY, qui souligne la difficulté, même sous un régime de compétence universelle exceptionnel dans un espace international de haute mer, d'appréhender les auteurs d'actes de piraterie en mer territoriale, sur le territoire d'États tiers.

Toute réalité matérielle peut être vue comme un **objet juridique**. L'agglomération par exemple se définit dans le droit des collectivités territoriales, comme l'a montré Mathilde KERNEIS, mais aussi dans celui de l'environnement ou de l'urbanisme où selon Vincent THIBAUD, « la métropole est un objet spatial ». Pour Geneviève IACONO, la montagne peut être le support d'une législation contemporaine ou d'un droit issu de l'Ancien Régime. L'espace naturel, selon deux intervenants différents, est d'une part l'objet d'une reconsidération, mais d'autre part ne connaît pas d'approche globale. « L'ailleurs » peut même être relié à une branche du droit, le droit de l'Union européenne, comme l'a rappelé Éric CARPANO, ou au droit international public où le « hors-sol », pourrait constituer un espace du droit indépendant du territoire, comme l'a évoqué Guillaume PROTIÈRE.

Tout problème posé à un juriste peut être rapporté à une question de détermination de **catégories juridiques**. Ainsi, Amélie GILLOT s'est-elle interrogée, à propos de la bipolarisation entre domaine public et domaine privé, sur la possibilité d'une échelle de

domanialité réservant une souplesse de catégorisation. Fabien MALARD a noté que l'action de l'État recentrant sa gestion des axes routiers sur des structures nouvelles ne reprenait pas les catégories classiques de la circonscription administrative coïncidant avec les collectivités territoriales, ni les catégories classiques des transferts de compétence simples, puisqu'ils s'étendaient à la propriété et au personnel. La catégorie d'un espace de normes étrangères, importé et utilisable dans la jurisprudence américaine, a permis à Candice MÉRIC de décrypter les revirements et les erreurs de la Cour suprême des États-Unis dans l'appréciation de la constitutionnalité de la sodomie homosexuelle ou de la peine de mort pour les mineurs.

Bien d'autres thèmes auraient pu être étudiés... si cette journée avait duré 48 heures au lieu de 24. Celui, contestable et contesté, de l'existence et de la juridicité d'un cyber-espace. Celui de l'espace étroitement circonscrit, mais dont la perception varie selon les cultures, de l'intimité du corps, largement mis à mal par l'encadrement juridique des contrôles biométriques ou de sécurité, des nanotechnologies.

En fin de compte, la notion d'espace constitue plutôt un « produit de contraste », une sorte de révélateur pour une analyse, pour faire émerger certains processus de création du droit et certains processus de représentation du droit, qui constituent des enjeux majeurs du fonctionnement social. La persistance du champ lexical de l'espace dans les normes (zone, territoire), ou dans la présentation qu'on en donne (sphère, maillage), montre la nécessité paradoxale de s'affranchir de la rigueur analytique et technique du droit aussi bien pour ses destinataires que pour ses promoteurs. On ne peut pas négliger non plus l'utilisation de ce champ lexical dans le discours politique ou dans les modèles bureaucratiques. L'ambivalence du rapport que le droit entretient avec l'espace révèle ainsi des facettes contradictoires qui caractérisent toute activité humaine. Mais l'aboutissement d'une telle journée de « jeunes chercheurs », ne saurait épuiser des questions aussi complexes. Il a seulement pour effet, comme toute recherche universitaire libre et toujours à renouveler, de poser quelques jalons pour leur étude et surtout de plus nombreuses questions nouvelles. Il est permis de penser ce soir que cet objectif a été atteint.

CONCLUSION

Georges PÉREC a écrit dans *Espèces d'espaces* (1974) : « J'ai plusieurs fois essayé de penser à un appartement dans lequel il y aurait une pièce inutile, absolument et délibérément inutile. Il m'a été impossible, en dépit de mes efforts, de suivre cette pensée, cette image, jusqu'au bout. Le langage lui-même, me semble-t-il, s'est avéré inapte à décrire ce rien, ce vide, comme si l'on ne pouvait parler que de ce qui est plein, utile et fonctionnel ».

Le droit est peut-être au cœur de cette limite, dans son inaptitude à décrire, structurer et théoriser autre chose que ce qui est plein, utile et fonctionnel. Les relations entre droit et espace, je crois, n'y font pas exception.

TABLE DES MATIERES

AVANT PROPOS

Guillaume PROTIÈRE..... 7

PROPOS INTRODUCTIFS..... 19

**Contribution à une variation poétique sur un sujet en
recomposition**

Geneviève IACONO..... 21

LE DROIT, CONSTRUCTION D'UN ESPACE COMMUN ?..... 33

**L'intérêt privé dans la définition de l'espace commun.
L'exemple des grands stades**

Vincent THIBAUD..... 35

**Justice et architecture : la relation entre l'accès au droit
et architecture judiciaire**

Eliana Patrícia BRANCO..... 49

LE DROIT, CONSTRUCTION D'UN TERRITOIRE COMMUN..... 59

**Recomposition territoriale et redistribution des
compétences : les grandes infrastructures de transport**

Fabien MALARD..... 61

La recomposition territoriale en EPCI à fiscalité propre

Mathilde KERNEIS..... 73

**La protection de l'espace naturel par le droit
administratif des biens**

Amélie GILLOT-KARGOL..... 91

L'ESPACE COMME FRONTIÈRE, LA TERRITORIALITÉ DU DROIT..... 105

**Les frontières de l'espace européen à l'aune du cas de
Chypre**

Vahit POLAT..... 107

Espace et territoire dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice Guillaume PROTIÈRE.....	121
LE DROIT AU-DELÀ DU TERRITOIRE, L'EXTRA-TERRITORIALITÉ	137
Compétence universelle et piraterie maritime. Vers un alignement du régime de compétence en matière de piraterie sur celui des autres crimes internationaux ? Mathilde PHILIP-GAY.....	139
L'approche stratégique de la territorialité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme Béatrice DELZANGLES.....	159
La recomposition des espaces juridictionnels dans la motivation des décisions de la cour suprême américaine Candice MÉRIC.....	173
Rapport de synthèse Gilles GUGLIELMI.....	187
CONCLUSION	191
TABLE DES MATIERES	193

L'HARMATTAN, ITALIA
Via Degli Artisti 15 ; 10124 Torino

L'HARMATTAN HONGRIE
Könyvesbolt ; Kossuth L. u. 14-16
1053 Budapest

L'HARMATTAN BURKINA FASO
Rue 15.167 Route du Pô Patte d'oie
12 BP 226 Ouagadougou 12
(00226) 76 59 79 86

ESPACE L'HARMATTAN KINSHASA
Faculté des Sciences Sociales,
Politiques et Administratives
BP243, KIN XI ; Université de Kinshasa

L'HARMATTAN GUINEE
Almamy Rue KA 028 en face du restaurant le cèdre
OKB agency BP 3470 Conakry
(00224) 60 20 85 08
harmattanguinee@yahoo.fr

L'HARMATTAN COTE D'IVOIRE
M. Etien N'dah Ahmon
Résidence Karl / cité des arts
Abidjan-Cocody 03 BP 1588 Abidjan 03
(00225) 05 77 87 31

L'HARMATTAN MAURITANIE
Espace El Kettab du livre francophone
N° 472 avenue Palais des Congrès
BP 316 Nouakchott
(00222) 63 25 980

L'HARMATTAN CAMEROUN
Immeuble Olympia face à la Camair
BP 11486 Yaoundé
(237) 458.67.00/976.61.66
harmattancam@yahoo.fr

L'HARMATTAN SENEGAL
« Villa Rose », rue de Diourbel X G, Point E
BP 45034 Dakar FANN
(00221) 33 825 98 58 / 77 242 25 08
senharmattan@gmail.com