

Penser le droit à travers les grands enjeux contemporains

Penser le droit à travers les grands enjeux contemporains

*Essai pédagogique de culture juridique et d'initiation à la réflexion
problématisée*

Avant-propos

Ce document n'est pas un cours. Il n'est pas non plus un manuel, ni un recueil de fiches techniques destinées à être mémorisées en vue d'un examen. Ce texte a une ambition différente : il veut vous apprendre à penser en juriste.

Penser en juriste, ce n'est pas réciter des articles de loi. Ce n'est pas non plus aligner des arrêts de la Cour de cassation comme on aligne des perles sur un fil. Penser en juriste, c'est être capable, face à un problème de société, d'en identifier les dimensions juridiques, d'en repérer les tensions normatives, de comprendre pourquoi le droit hésite, pourquoi il évolue, pourquoi il ne peut jamais se contenter d'une réponse simple à une question complexe.

Le droit est vivant. Il se transforme au contact des mutations sociales, des avancées technologiques, des crises politiques. Et c'est précisément parce qu'il est vivant qu'il est intéressant, et difficile. Les pages qui suivent vous proposent un voyage intellectuel à travers les grands débats juridiques de notre époque. Chaque sujet sera l'occasion de comprendre un enjeu concret, mais surtout de saisir comment un esprit juridique s'empare d'une question, la décortique, la met en tension et la transforme en réflexion structurée.

Vous découvrirez que derrière chaque débat de société se cache une architecture juridique faite de principes qui s'opposent, de normes qui se chevauchent, de légitimités qui se concurrencent. Vous apprendrez à voir cette architecture là où d'autres ne voient que des opinions. Et progressivement, vous comprendrez que le juriste n'est pas celui qui a raison, mais celui qui sait poser les bonnes questions.

PREMIÈRE PARTIE — Le corps, la vie, la mort : quand le droit touche à l'intime

Le droit a ceci de singulier qu'il prétend régir l'ensemble des rapports humains, y compris ceux qui touchent à ce que nous avons de plus personnel : notre corps, notre naissance, notre mort. Cette prétention n'a rien d'illégitime ; elle est même consubstantielle à l'idée de société organisée. Mais elle engendre des tensions d'une intensité particulière, car elle confronte la norme juridique à des réalités qui lui résistent : le désir d'enfant, la souffrance, la liberté de disposer de soi-même.

Les trois premiers sujets que nous aborderons, la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée et l'euthanasie, partagent un même socle problématique : ils interrogent les limites que le droit impose à la liberté individuelle lorsque celle-ci touche au corps et à la vie. Mais ils le font de manières très différentes, et c'est cette diversité qui en fait un terrain d'apprentissage exceptionnel pour le raisonnement juridique.

La gestation pour autrui : entre désir d'enfant et ordre public

La gestation pour autrui (GPA) désigne la pratique par laquelle une femme porte un enfant pour le compte d'un couple ou d'une personne qui en deviendra le parent légal après la naissance. En France, cette pratique est interdite. L'article 16-7 du Code civil dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette interdiction, consacrée par la loi bioéthique de 1994, repose sur un principe fondamental du droit français : l'indisponibilité du corps humain.

Ce principe est au cœur de nombreux débats contemporains. L'idée est que le corps humain ne peut pas faire l'objet d'un contrat, d'une transaction, d'une mise à disposition commerciale. Il est, selon la formule consacrée, « hors commerce ». Cette conception puise ses racines dans une tradition juridique profonde, héritée à la fois du droit romain, qui distinguait les *res in commercio* des *res extra commercium*, et de la philosophie des

Lumières, pour laquelle la dignité de la personne humaine est incompatible avec toute forme d'instrumentalisation du corps.

Or, les partisans de la GPA contestent précisément cette lecture. Leur argument principal repose sur une autre liberté fondamentale : l'autonomie de la volonté. Si une femme consent librement, en toute connaissance de cause, à porter un enfant pour autrui, pourquoi le droit devrait-il l'en empêcher ? L'objection est sérieuse. Elle mobilise un principe juridique tout aussi important que celui de l'indisponibilité du corps : le principe de liberté contractuelle, expression directe de la liberté individuelle garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La tension est donc posée. D'un côté, un principe d'ordre public qui protège le corps contre toute forme de marchandisation. De l'autre, un principe de liberté qui protège l'individu contre toute forme de paternalisme étatique. Le droit français a tranché en faveur du premier, mais ce choix n'est ni universel ni définitif.

Car la réalité est plus complexe qu'un simple face-à-face entre deux principes abstraits. La GPA existe. Elle est pratiquée dans de nombreux pays (États-Unis, Royaume-Uni, Ukraine, Inde) selon des régimes juridiques très variés. Et des couples français y ont recours à l'étranger, ce qui crée des situations d'une grande complexité juridique. Que faire lorsqu'un enfant naît d'une GPA réalisée à l'étranger et que ses parents demandent la transcription de l'acte de naissance sur les registres français ?

La Cour de cassation, pendant longtemps, a refusé cette transcription, considérant que la GPA contrevenait à l'ordre public international français. Mais la Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *Menesson c. France* et *Labassee c. France* du 26 juin 2014, a jugé que ce refus portait atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'enfant, argumentait la Cour, ne saurait être pénalisé pour les choix de ses parents. Son intérêt supérieur commande qu'il puisse voir sa filiation établie à l'égard de ses parents d'intention.

Encadré pédagogique — Identifier une tension normative

Ce que nous venons d'observer est un cas typique de tension normative, c'est-à-dire une situation dans laquelle deux principes juridiques légitimes conduisent à des solutions opposées. D'un côté, l'ordre public français interdit la GPA au nom de l'indisponibilité du corps humain. De l'autre, le droit européen exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit préservé, ce qui implique la reconnaissance de sa filiation. Le raisonnement juridique ne consiste pas à choisir un camp, mais à comprendre pourquoi le droit est tiraillé, à identifier les valeurs en jeu et à analyser comment les juridictions tentent de concilier l'inconciliable. C'est cette capacité à voir la tension là où le profane ne voit qu'un débat d'opinion qui distingue le juriste.

Cette tension entre droit interne et droit européen illustre un phénomène plus large : la porosité croissante des ordres juridiques. Le droit français ne peut plus se penser en vase clos. Il est irrigué, parfois contraint, par des normes supranationales qui portent des valeurs différentes, ou du moins qui hiérarchisent différemment les mêmes valeurs. La question de la GPA en est un exemple frappant, mais nous retrouverons cette dynamique dans de nombreux autres domaines.

Un aspect souvent occulté du débat mérite l'attention : la dimension socio-économique. La GPA dite « altruiste », pratiquée dans certains pays comme le Royaume-Uni, se distingue de la GPA « commerciale » par l'absence de rémunération de la gestatrice au-delà du remboursement de ses frais. Mais cette distinction est-elle réellement opérante ? Peut-on parler de consentement libre lorsque la gestatrice se trouve dans une situation de précarité économique ? C'est ici que le droit rejoint la sociologie et l'éthique, et que la notion de consentement, pourtant centrale en droit des contrats, révèle ses limites.

La procréation médicalement assistée : l'égalité comme moteur du changement juridique

La procréation médicalement assistée (PMA) désigne l'ensemble des techniques médicales permettant de concevoir un enfant en dehors du processus naturel de procréation. Elle comprend notamment l'insémination artificielle, la fécondation in vitro et le don de gamètes. En France, la PMA a longtemps été réservée aux couples hétérosexuels confrontés

à une infertilité médicalement constatée. La loi de bioéthique du 2 août 2021 a marqué un tournant majeur en ouvrant la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules.

Ce changement législatif est le fruit d'une évolution longue, progressive, et juridiquement riche. Pour le comprendre, il faut remonter aux fondements de la réglementation bioéthique en France. Les premières lois de bioéthique, adoptées en 1994, avaient été conçues selon une logique médicale : la PMA était un traitement de l'infertilité, c'est-à-dire une réponse à une pathologie. Cette qualification avait des conséquences juridiques importantes, car elle justifiait que l'accès à la PMA soit conditionné à l'existence d'un problème médical.

Or, à partir du moment où l'on ouvre la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules, on change de paradigme. La PMA n'est plus seulement un traitement médical ; elle devient l'instrument d'un projet parental. Ce glissement est fondamental, car il modifie la justification juridique de la technique. Ce n'est plus l'infertilité pathologique qui ouvre le droit à la PMA, mais le désir d'enfant combiné au principe d'égalité.

Le principe d'égalité, précisément, a été l'argument central des partisans de l'ouverture. Si les couples hétérosexuels infertiles peuvent recourir à un don de gamètes pour concevoir un enfant, pourquoi les couples de femmes ne le pourraient-ils pas ? L'impossibilité de procréer naturellement est, dans les deux cas, un fait objectif. La distinction fondée sur l'orientation sexuelle apparaît dès lors comme discriminatoire au regard de l'article 6 de la Déclaration de 1789, du principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 1er de la Constitution, et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les opposants ont répondu par un argument de nature différente : la PMA ouverte soulève la question du droit de l'enfant à connaître ses origines, et plus largement la question de l'altérité dans la filiation. En privant délibérément un enfant de père, ne porte-t-on pas atteinte à son intérêt supérieur ? Cet argument, qui relève davantage de l'anthropologie juridique que du droit positif strict, a alimenté une controverse intense au sein de la doctrine. Le doyen Jean Carbonnier, grand civiliste du XXe siècle, avait pressenti ces débats en observant que la filiation est l'une des institutions juridiques les plus sensibles aux transformations sociales, parce qu'elle touche à l'identité même de la personne. Ses réflexions sur le « droit flexible », sur cette idée que le droit doit s'adapter aux évolutions de la société plutôt que de les figer, trouvent ici une illustration saisissante.

Encadré pédagogique — Du thème à la problématique

Observez ce qui vient de se passer. Nous sommes partis d'un thème — la PMA — et nous avons progressivement identifié une problématique juridique : dans quelle mesure le principe d'égalité peut-il justifier une transformation du cadre juridique de la filiation ? Cette question n'est pas une simple reformulation du sujet. Elle met en lumière une tension spécifique (égalité versus modèle traditionnel de filiation) et elle oriente la réflexion vers un raisonnement structuré. Transformer un thème en problématique, c'est passer de « la PMA, pour ou contre ? » — qui est une question d'opinion — à une interrogation juridique qui appelle une analyse nuancée. C'est exactement ce que l'on attend d'un juriste.

La loi de 2021 a également introduit un dispositif inédit en droit français : la reconnaissance conjointe anticipée, qui permet à la femme qui n'accouche pas, dans un couple de femmes, d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant avant même la naissance. Ce mécanisme est original car il déroge aux règles classiques de l'établissement de la filiation, traditionnellement fondées sur l'accouchement (*mater semper certa est*) ou sur la présomption de paternité. Il témoigne de la capacité du droit à inventer de nouveaux instruments lorsque les catégories existantes se révèlent inadaptées.

Mais la PMA soulève encore d'autres questions, qui restent ouvertes. Celle de l'anonymat du donneur de gamètes, d'abord. La loi de 2021 a instauré un droit d'accès aux origines pour les enfants nés d'un don, à leur majorité. Ce droit est toutefois limité : il permet d'accéder à des données non identifiantes et, si le donneur y consent, à son identité. Le législateur a donc tenté de concilier le droit de l'enfant à connaître ses origines, reconnu comme composante du droit au respect de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme, avec le respect de la vie privée du donneur et la préservation du système de don.

Vient ensuite l'autoconservation des ovocytes, désormais autorisée sans condition médicale. Cette mesure, souvent qualifiée de « congélation sociétale », pose la question de la médicalisation du projet parental et de ses implications en termes d'égalité entre les femmes et les hommes.

La PMA illustre ainsi parfaitement comment un sujet de société peut être le révélateur de transformations juridiques profondes. Derrière la technique médicale se jouent des

questions fondamentales : qu'est-ce que la filiation ? Qu'est-ce que l'égalité ? Jusqu'où l'autonomie individuelle peut-elle remodeler les institutions juridiques ?

L'euthanasie et la fin de vie : le droit face à la mort choisie

De tous les sujets que nous aborderons dans cet essai, celui de la fin de vie est peut-être le plus vertigineux. Car il confronte le droit à une question que la philosophie elle-même peine à trancher : existe-t-il un droit de mourir ?

En France, le droit positif ne reconnaît pas un tel droit. L'euthanasie active, c'est-à-dire le fait de provoquer intentionnellement la mort d'une personne à sa demande, est qualifiée d'homicide et relève des articles 221-1 et suivants du Code pénal. Le suicide assisté, le fait d'aider une personne à mettre fin à ses jours, n'est pas explicitement incriminé en tant que tel, mais peut être poursuivi sous d'autres qualifications, notamment la non-assistance à personne en danger.

Le cadre juridique français repose actuellement sur la loi Claeys-Leonetti du 2 février 2016, qui a consacré le droit à la sédation profonde et continue jusqu'au décès pour les patients atteints d'une affection grave et incurable dont le pronostic vital est engagé à court terme. Cette loi a également renforcé le droit du patient à refuser ou à interrompre tout traitement, y compris les traitements de maintien en vie, en consacrant le principe selon lequel l'obstination déraisonnable doit être évitée.

Ce cadre législatif est le fruit d'une longue maturation. L'affaire Vincent Lambert, qui a occupé les juridictions françaises et européennes de 2013 à 2019, a joué un rôle catalyseur dans le débat. Vincent Lambert, victime d'un accident de la route en 2008, se trouvait en état végétatif chronique. La décision d'arrêter son alimentation et son hydratation artificielles a donné lieu à un contentieux d'une complexité exceptionnelle, impliquant le Conseil d'État, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU. Cette affaire a mis en lumière les limites du droit face à des situations où les notions mêmes de « volonté du patient » et de « meilleur intérêt » deviennent incertaines.

Le débat contemporain sur l'euthanasie se structure autour de plusieurs tensions juridiques fondamentales. La première oppose le droit à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la même Convention, qui inclut selon la jurisprudence de la Cour le droit de décider de la manière et du moment de sa mort (arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*,

2002). La Cour européenne a toutefois refusé de déduire de l'article 8 un droit au suicide assisté, laissant aux États une large marge d'appréciation.

La deuxième tension oppose l'autonomie individuelle et la protection des personnes vulnérables. Les partisans de l'euthanasie invoquent la liberté de chacun de disposer de sa propre vie. Les opposants mettent en garde contre les risques de dérive : une personne âgée, dépendante, pourrait se sentir poussée à demander la mort pour ne pas « être un fardeau ». Le droit, dans cette perspective, ne protège pas seulement la liberté de celui qui veut mourir, mais aussi la sécurité de tous ceux qui pourraient être influencés, contraints ou manipulés.

La troisième tension oppose la certitude du droit et l'irréversibilité de l'acte. En matière pénale, on admet l'erreur judiciaire et l'on a institué des mécanismes de révision. Mais la mort est irréversible. Comment le droit peut-il encadrer un acte dont les conséquences sont définitives, en garantissant que le consentement est éclairé, stable et libre de toute pression ?

Encadré pédagogique — La complexité comme matière première du juriste

Face à un sujet comme l'euthanasie, la tentation est grande de raisonner en termes moraux : « je suis pour » ou « je suis contre ». Mais le juriste doit résister à cette tentation, non par indifférence morale, mais parce que son rôle est différent. Le juriste identifie les principes en jeu, mesure leur portée respective, analyse les dispositifs existants et évalue les solutions possibles à l'aune de leur cohérence normative. Il ne s'agit pas de renoncer à ses convictions, mais de les mettre en suspens le temps de l'analyse. Cette discipline intellectuelle est au fondement du raisonnement juridique. Un bon juriste est capable de défendre avec la même rigueur les deux côtés d'un débat, parce qu'il comprend que la force d'un argument ne dépend pas de son adhésion personnelle, mais de sa solidité normative.

L'examen comparé du droit étranger enrichit considérablement la réflexion. Les Pays-Bas ont légalisé l'euthanasie active dès 2001, sous des conditions strictes : souffrance insupportable sans perspective d'amélioration, demande volontaire et réfléchie, absence d'alternative raisonnable, consultation d'un second médecin. La Belgique a suivi en 2002, en étendant même le dispositif aux mineurs en 2014 sous certaines conditions. La Suisse, quant à elle, autorise le suicide assisté mais interdit l'euthanasie active, ce qui a donné

naissance à des associations comme Exit ou Dignitas. L'Oregon, aux États-Unis, a adopté dès 1997 le *Death with Dignity Act*, qui autorise la prescription d'une substance létale à un patient en phase terminale.

Ces différents modèles montrent qu'il n'existe pas de solution juridique unique, mais un spectre de réponses possibles, chacune reflétant un arbitrage différent entre les principes en tension. La France, avec le projet de loi sur la fin de vie discuté depuis 2024, semble s'orienter vers un modèle d'aide à mourir sous conditions strictes, mais le débat parlementaire reste ouvert et les résistances sont vives.

Ce que la question de l'euthanasie révèle au juriste, c'est que le droit ne peut pas tout résoudre. Il peut encadrer, il peut poser des garde-fous, il peut organiser des procédures de vérification. Mais il ne peut pas supprimer l'angoisse inhérente à ces situations, ni garantir avec certitude que chaque décision sera la bonne. Le droit est un outil imparfait face à la mort. Et c'est peut-être dans cette imperfection assumée que réside sa sagesse.

DEUXIÈME PARTIE — La justice pénale : entre punir et protéger

Si les questions bioéthiques touchent à l'intime, le droit pénal touche à la collectivité tout entière. Il exprime, de la manière la plus directe, le rapport qu'une société entretient avec la transgression, la violence et la punition. Mais le droit pénal contemporain ne se réduit pas à la répression. Il est traversé par des tensions profondes entre des finalités concurrentes : punir, dissuader, protéger, réinsérer. Et c'est dans l'exploration de ces tensions que le juriste trouve une matière particulièrement riche pour exercer sa pensée.

La peine de mort : un débat clos en droit, ouvert dans les esprits

La peine de mort a été abolie en France par la loi du 9 octobre 1981, portée par Robert Badinter, alors garde des Sceaux. L'article 66-1 de la Constitution, introduit par la révision constitutionnelle du 23 février 2007, dispose que « nul ne peut être condamné à la peine de mort ». La France a par ailleurs ratifié le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme (abolition en temps de paix, 1983) puis le Protocole n° 13 (abolition en toutes circonstances, 2007).

On pourrait donc considérer que le débat est clos. Mais il ne l'est pas, et ce pour deux raisons qui intéressent directement le juriste.

La première est que l'abolition en France s'inscrit dans un paysage mondial contrasté. Si la tendance internationale est à l'abolition (plus des deux tiers des États du monde ont aboli la peine de mort en droit ou en pratique), des pays majeurs la maintiennent : les États-Unis (dans certains États), la Chine, l'Iran, l'Arabie saoudite. Cette réalité soulève une question fondamentale pour le droit international : l'interdiction de la peine de mort relève-t-elle du *jus cogens*, c'est-à-dire des normes impératives du droit international auxquelles aucun État ne peut déroger ? La doctrine est divisée. Le Comité des droits de

l'homme des Nations unies semble s'orienter dans cette direction, mais aucun texte universel ne l'a encore consacrée sans ambiguïté.

La seconde raison est que le débat sur la peine de mort met en jeu des arguments de natures très différentes, ce qui en fait un terrain d'exercice intellectuel précieux. L'argument rétributiviste, d'abord, qui soutient que la peine doit être proportionnelle à la gravité du crime et que le meurtre appelle le châtement suprême. L'argument utilitariste ensuite, qui évalue la peine de mort à l'aune de son efficacité dissuasive, un point sur lequel les études empiriques sont loin d'être concluantes. L'argument du droit à la vie, qui pose que l'État ne peut jamais donner la mort, même au nom de la justice. Et l'argument de l'irréversibilité, qui souligne que toute erreur judiciaire, en matière de peine de mort, est définitive.

L'intérêt de ce débat pour le juriste est que chaque argument s'appuie sur des principes juridiques solides, mais qu'ils conduisent à des conclusions opposées. Le juriste ne peut pas se contenter d'en choisir un et d'ignorer les autres. Il doit les mettre en balance, en peser la force respective, en évaluer la cohérence avec l'ensemble de l'ordre juridique.

La fonction de la peine : punir, réinsérer ou neutraliser ?

La question de la peine de mort ouvre naturellement sur une interrogation plus large : à quoi sert la peine ? Cette question, apparemment simple, est l'une des plus débattues en philosophie du droit et en droit pénal.

La théorie rétributiviste, héritée de Kant et reformulée dans le champ juridique contemporain par des auteurs comme Michel van de Kerchove, conçoit la peine comme la juste rétribution d'un acte moralement répréhensible. L'individu qui a transgressé la loi mérite d'être puni, indépendamment de toute considération d'utilité sociale. La peine est un impératif de justice.

La théorie utilitariste, associée à Bentham, conçoit la peine comme un instrument de prévention. Elle doit dissuader le délinquant (prévention spéciale) et l'ensemble de la société (prévention générale) de commettre des infractions. Dans cette perspective, une peine qui ne produit aucun effet dissuasif est inutile et donc injuste.

La théorie de la réinsertion, enfin, met l'accent sur la réhabilitation du condamné. La peine doit permettre au délinquant de se réintégrer dans la société, ce qui suppose un accompagnement éducatif, professionnel et psychologique pendant l'exécution de la peine.

Le droit français contemporain tente de concilier ces trois approches, mais avec des oscillations notables. L'article 130-1 du Code pénal, issu de la loi du 15 août 2014, dispose que la peine a pour fonctions de « sanctionner l'auteur de l'infraction » et de « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Cette double finalité est source de tensions permanentes.

Prenons l'exemple des peines planchers, instaurées par la loi du 10 août 2007 puis supprimées par la loi du 15 août 2014, avant d'être partiellement réintroduites pour certaines infractions. Le principe des peines planchers, c'est-à-dire l'imposition d'un minimum de peine en cas de récidive, relève d'une logique de neutralisation et de dissuasion. Mais il entre en contradiction avec le principe d'individualisation de la peine, reconnu par le Conseil constitutionnel comme un principe à valeur constitutionnelle découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le juge doit pouvoir adapter la peine à la personnalité du condamné, à sa situation, à ses perspectives de réinsertion. Lui imposer un plancher, c'est réduire cette marge d'appréciation.

Encadré pédagogique — Transformer une opposition en raisonnement

La tension entre sécurité et réinsertion pourrait être traitée de manière simpliste : « il faut être plus sévère » contre « il faut donner une seconde chance ». Mais le juriste dépasse cette opposition en la reformulant en termes juridiques : dans quelle mesure le principe d'individualisation de la peine peut-il être concilié avec l'objectif de protection de la société contre la récidive ? Cette reformulation permet de mobiliser des concepts précis (individualisation, proportionnalité, récidive, dangerosité), des textes normatifs (Code pénal, jurisprudence constitutionnelle) et des arguments structurés. C'est cela, problématiser : transformer un débat d'opinion en question de droit.

Encadré pédagogique — Comment éviter l’approche purement descriptive

Imaginons un étudiant qui traite le sujet « la fonction de la peine en droit français ». L’approche descriptive consisterait à écrire : « La peine a trois fonctions : la rétribution, la dissuasion et la réinsertion. La rétribution consiste à punir le coupable. La dissuasion consiste à empêcher d’autres personnes de commettre des infractions. La réinsertion consiste à préparer le retour du condamné dans la société. » Ce texte est factuellement exact, mais il ne constitue pas un raisonnement juridique. Pourquoi ? Parce qu’il se contente de présenter des catégories sans les interroger. Il n’identifie aucune tension, ne formule aucune question, ne montre aucune difficulté. Il décrit sans problématiser. L’approche juridique véritable consisterait à écrire : « Le droit français assigne à la peine des fonctions potentiellement contradictoires. L’article 130-1 du Code pénal exige à la fois que la peine sanctionne et qu’elle favorise la réinsertion. Or, une peine sévère — longue période d’emprisonnement, conditions de détention dures — peut être efficace en termes de rétribution mais désastreuse en termes de réinsertion. Cette contradiction irrigue l’ensemble du droit de la peine et explique les oscillations du législateur entre durcissement et humanisation. » La différence est fondamentale : le second texte ne décrit pas, il pense. Il identifie un conflit, le situe dans un texte normatif précis et montre ses conséquences concrètes. C’est cela que l’on attend d’un juriste.

La question de la récidive illustre particulièrement bien ces tensions. Le taux de récidive en France reste élevé : selon les études, entre 40 et 60 % des sortants de prison sont recondamnés dans les cinq ans. Ce constat alimente régulièrement les discours sécuritaires favorables à un durcissement des peines. Mais les études criminologiques montrent aussi que les longues peines d’emprisonnement, sans accompagnement, favorisent la désocialisation et donc la récidive. Le « tout carcéral » produit précisément le résultat qu’il prétend combattre.

C’est pourquoi le droit français a développé un arsenal de peines alternatives à l’emprisonnement : le sursis probatoire, le travail d’intérêt général, le placement sous surveillance électronique, la semi-liberté, la libération conditionnelle. Ces dispositifs reposent sur l’idée que la meilleure prévention de la récidive n’est pas la sévérité de la peine, mais la qualité de la prise en charge pendant et après l’exécution de la peine.

Mais ces peines alternatives soulèvent elles-mêmes des questions juridiques. Le placement sous surveillance électronique, le « bracelet électronique », porte atteinte à la liberté d’aller

et venir, au droit au respect de la vie privée, voire à la dignité de la personne. Peut-on considérer qu'une personne assignée à son domicile sous surveillance permanente est libre ? Et si l'on compare cette situation à l'emprisonnement, n'est-elle pas, paradoxalement, plus intrusive dans la mesure où elle s'immisce dans l'intimité du foyer ?

La garde à vue : les droits de la défense à l'épreuve de l'enquête

En 2004, l'affaire d'Outreau a provoqué un séisme dans la justice française. Treize personnes avaient été mises en examen pour des faits de pédophilie sur la base de témoignages d'enfants et d'aveux obtenus dans des conditions contestées. Après des années de détention provisoire, sept d'entre elles ont été acquittées en appel. Certaines avaient passé plus de trois ans en prison pour des faits qu'elles n'avaient pas commis. L'une d'elles s'est suicidée. Cette catastrophe judiciaire a mis en lumière, de manière tragique, les dangers d'une procédure pénale où les droits de la défense sont insuffisamment garantis. Elle a placé la question de la garde à vue au cœur du débat public.

La garde à vue est une mesure de contrainte par laquelle un officier de police judiciaire retient une personne dans les locaux de police ou de gendarmerie pendant une durée limitée, dans le cadre d'une enquête. Elle est l'un des moments les plus critiques de la procédure pénale, car elle confronte directement deux impératifs : l'efficacité de l'enquête et la protection des droits fondamentaux de la personne suspectée.

Le régime de la garde à vue a été profondément modifié par la loi du 14 avril 2011, adoptée sous la pression de plusieurs décisions convergentes. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 juillet 2010, avait jugé que le régime alors en vigueur ne garantissait pas suffisamment les droits de la défense, notamment parce qu'il ne prévoyait pas l'assistance effective d'un avocat dès le début de la garde à vue. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, avait de son côté posé le principe selon lequel le droit d'accès à un avocat doit être garanti dès la première heure de la garde à vue.

La réforme de 2011 a donc introduit plusieurs garanties nouvelles : le droit d'être assisté par un avocat dès le début de la mesure, le droit de s'entretenir confidentiellement avec lui pendant trente minutes, la possibilité pour l'avocat d'assister aux auditions et aux confrontations, et le droit d'être examiné par un médecin.

Mais la pratique révèle des zones de tension persistantes. La durée de la garde à vue, d'abord. Le droit commun prévoit une durée maximale de 24 heures, renouvelable une fois, soit 48 heures au total. Mais pour certaines infractions, notamment la criminalité organisée et le terrorisme, la garde à vue peut être prolongée jusqu'à 96 heures, voire 144 heures en matière de terrorisme. Ces durées exceptionnelles, justifiées par la gravité des faits et la complexité des enquêtes, posent la question de leur compatibilité avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté, et avec l'article 3, qui interdit les traitements inhumains ou dégradants.

L'audition libre, créée par la loi du 27 mai 2014, constitue une autre zone de complexité. Elle permet d'entendre une personne suspectée sans la placer en garde à vue, dès lors qu'il existe des raisons plausibles de la soupçonner mais que la mesure de contrainte n'apparaît pas nécessaire. La personne entendue librement bénéficie du droit d'être assistée par un avocat, du droit de se taire et du droit de quitter les lieux à tout moment. Mais la frontière entre l'audition libre et la garde à vue est parfois ténue, et la Cour de cassation a dû intervenir à plusieurs reprises pour préciser les critères de distinction.

Encadré pédagogique — Le droit comme équilibre dynamique

La garde à vue illustre une caractéristique fondamentale du droit : il n'est jamais un état fixe, mais un équilibre dynamique qui se réajuste en permanence. Chaque réforme déplace le curseur entre efficacité de l'enquête et droits de la défense, et chaque déplacement engendre de nouvelles questions. Le juriste ne doit pas chercher l'équilibre parfait — il n'existe pas — mais comprendre la logique des ajustements successifs et être capable d'en évaluer la cohérence. C'est cette capacité à penser en termes de mouvement, plutôt qu'en termes de solutions définitives, qui fait la richesse du raisonnement juridique.

Les évolutions contemporaines du droit pénal : vers un nouveau paradigme ?

La garde à vue, la fonction de la peine, la question de la récidive : chacun de ces sujets illustre des tensions ponctuelles, mais pris ensemble, ils révèlent quelque chose de plus profond. Le droit pénal français traverse une période de transformation qui dépasse les ajustements ponctuels pour toucher à sa philosophie même. Ce n'est pas tel ou tel

mécanisme qui évolue ; c'est la conception même de la justice pénale qui est en mutation. Trois évolutions méritent une attention particulière, car elles dessinent les contours d'un paradigme nouveau dont les implications sont considérables.

La première est la montée en puissance du droit pénal de l'ennemi, concept théorisé par le juriste allemand Günther Jakobs. Cette théorie distingue deux catégories de délinquants : les « citoyens », qui ont commis un acte isolé et méritent d'être traités selon les garanties classiques du droit pénal, et les « ennemis », qui représentent une menace systémique pour l'ordre social (terroristes, membres de réseaux criminels organisés) et qui doivent être soumis à un régime dérogatoire, plus répressif et moins protecteur des libertés. En France, sans être explicitement revendiqué, ce paradigme influence certaines évolutions législatives : la rétention de sûreté, créée par la loi du 25 février 2008, permet le maintien en détention d'une personne ayant purgé sa peine si elle présente une « particulière dangerosité ». Le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif, mais en l'encadrant strictement et en précisant qu'il ne pouvait s'appliquer qu'aux condamnations prononcées après l'entrée en vigueur de la loi, en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

La deuxième évolution concerne la place croissante de la victime dans le procès pénal. Traditionnellement, le procès pénal est un face-à-face entre la société, représentée par le ministère public, et le prévenu. La victime n'en est pas partie principale. Mais les réformes successives ont progressivement renforcé ses droits : constitution de partie civile facilitée, création du juge délégué aux victimes, développement de l'aide juridictionnelle, mise en place de dispositifs de justice restaurative. Cette évolution répond à une demande sociale légitime, mais elle n'est pas sans poser des questions. La place croissante de la victime risque-t-elle de transformer le procès pénal en un lieu de vengeance plutôt que de justice ? La charge émotionnelle du témoignage de la victime peut-elle influencer le juge au détriment de l'objectivité ?

La troisième évolution est l'émergence du plaider-coupable à la française, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), introduite par la loi du 9 mars 2004. Ce mécanisme, inspiré du *plea bargaining* américain, permet au procureur de proposer une peine à une personne qui reconnaît les faits, sans passer par un procès contradictoire classique. La CRPC concerne aujourd'hui une proportion significative des affaires pénales. Elle soulève des interrogations profondes sur la nature même du procès : la justice peut-elle être « négociée » ? Le consentement du prévenu est-il réellement libre lorsqu'il sait que le refus de la proposition l'expose à un procès et, potentiellement, à une peine plus lourde ?

TROISIÈME PARTIE — L'État, le pouvoir et les droits : les grands équilibres constitutionnels

Le droit constitutionnel est souvent perçu par les étudiants comme une matière abstraite, éloignée de la réalité. C'est une erreur profonde. Le droit constitutionnel est, de toutes les disciplines juridiques, celle qui nous concerne le plus directement, car il détermine l'organisation du pouvoir, les conditions de son exercice et les limites qu'on lui impose. Il répond à une question fondamentale : comment empêcher que le pouvoir n'abuse de lui-même ?

L'universalité des droits de l'homme : promesse ou fiction ?

La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies, proclame dans son article premier que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Cette affirmation a une portée considérable : elle prétend énoncer des vérités juridiques universelles, valables en tout lieu et en tout temps, indépendamment des cultures, des religions et des traditions.

Mais cette prétention à l'universalité est contestée, et elle l'est depuis longtemps. La critique la plus structurée vient de ce qu'on appelle le relativisme culturel. Selon cette perspective, les droits de l'homme tels qu'ils sont formulés dans les textes internationaux sont le produit d'une histoire spécifique, celle de l'Occident, des Lumières, des révolutions libérales, et ne sauraient être imposés comme une norme universelle à des sociétés qui ont des conceptions différentes de la personne, de la communauté et du rapport entre l'individu et le groupe.

Cette objection n'est pas purement académique. Elle a été formalisée dans la Déclaration de Bangkok de 1993, adoptée par des États asiatiques en préparation de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne. Cette déclaration soulignait la nécessité de

respecter les « particularités nationales et régionales » et les « divers contextes historiques, culturels et religieux » dans l'interprétation des droits de l'homme.

Le juriste doit prendre cette objection au sérieux sans pour autant l'accepter sans examen. Car le relativisme culturel, poussé à son terme, conduit à des impasses. Si les droits de l'homme ne sont que le produit d'une culture particulière, alors aucune norme ne peut prétendre s'imposer universellement, et toute critique d'une pratique, qu'il s'agisse de l'excision, de la torture ou de l'esclavage, peut être repoussée au nom du respect des traditions. Or, la Déclaration de Vienne de 1993, adoptée par consensus, a précisément rejeté cette conclusion en affirmant que « le caractère universel de ces droits et libertés ne saurait être mis en question ».

Encadré pédagogique — Éviter le piège du relativisme absolu

Face à un sujet comme l'universalité des droits de l'homme, l'étudiant en droit risque de tomber dans l'un de deux pièges symétriques. Le premier est l'universalisme naïf, qui affirme l'universalité des droits sans se confronter aux objections légitimes du relativisme. Le second est le relativisme absolu, qui considère que toute norme est culturellement déterminée et qu'aucune ne peut prétendre à une validité supérieure. Le raisonnement juridique exige un chemin médian : reconnaître que les droits de l'homme ont une histoire et un ancrage culturel, tout en montrant qu'ils portent des exigences — l'interdiction de la torture, le droit à un procès équitable, la protection contre l'arbitraire — qui transcendent les différences culturelles précisément parce qu'elles protègent ce qui est commun à toute condition humaine. La nuance, en droit, n'est pas une faiblesse : c'est une exigence intellectuelle.

La question de l'universalité est d'autant plus importante qu'elle conditionne l'effectivité du droit international des droits de l'homme. Si ces droits sont universels, les mécanismes de contrôle international (organes de traité de l'ONU, Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine) sont légitimes à en vérifier le respect. Si, en revanche, les droits de l'homme sont relatifs, ces mécanismes ne sont que l'instrument d'une hégémonie culturelle. Le choix entre ces deux lectures a des conséquences juridiques concrètes.

Il faut enfin noter que la tension entre universalité et relativisme se rejoue, à une échelle différente, au sein même de l'Europe. La Cour européenne des droits de l'homme utilise la notion de « marge d'appréciation » pour reconnaître aux États une certaine latitude dans la mise en œuvre des droits garantis par la Convention, en particulier lorsqu'il n'existe pas

de consensus européen sur une question donnée. Cette marge d'appréciation est une forme de relativisme tempéré, qui reconnaît la diversité des traditions juridiques nationales tout en maintenant un socle commun de droits intangibles.

La souveraineté étatique face au droit international : qui a le dernier mot ?

La question de l'universalité des droits de l'homme nous conduit naturellement à une interrogation plus large : celle du rapport entre la souveraineté des États et le droit international. Ce rapport est l'un des plus complexes et des plus évolutifs du droit contemporain.

Le principe de souveraineté étatique, tel qu'il a été consacré par les traités de Westphalie en 1648 et tel qu'il est affirmé par la Charte des Nations unies, signifie que chaque État est maître chez lui. La grande internationaliste Mireille Delmas-Marty a consacré une part essentielle de son œuvre à montrer comment cette souveraineté se transforme sous l'effet de ce qu'elle appelle les « forces imaginantes du droit », ces dynamiques d'interaction entre ordres juridiques qui, sans abolir la souveraineté, la relativisent et la recomposent en permanence. Mais formellement, le principe reste entier : un État ne peut être soumis, sans son consentement, à aucune autorité supérieure. Ce principe est au fondement de l'ordre international moderne.

Mais le droit international contemporain a considérablement érodé cette souveraineté absolue. L'obligation de respecter les droits de l'homme, d'abord, limite la liberté des États dans le traitement de leurs propres ressortissants. Le droit international pénal, ensuite, avec la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, puis de la Cour pénale internationale par le Statut de Rome de 1998, a posé le principe selon lequel certains crimes (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre) sont si graves qu'ils engagent la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs, quelle que soit leur qualité officielle.

En France, la tension entre souveraineté et droit international se manifeste de manière particulièrement vive dans le rapport avec le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 55 de la Constitution de 1958 pose le principe de la supériorité des traités internationaux sur les lois. Mais cette supériorité s'arrête à la Constitution elle-même : le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision du 10 juin 2004, que la transposition d'une directive européenne ne pouvait porter atteinte à une « règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ».

Cette notion d'« identité constitutionnelle », encore peu définie, est appelée à jouer un rôle croissant. Elle permet au juge constitutionnel français de résister, en dernière instance, à une norme européenne qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel français. C'est un mécanisme de sauvegarde qui témoigne de la persistance du principe de souveraineté au sein même d'un ordre juridique intégré.

La même tension se retrouve dans les rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts de la CEDH s'imposent aux États parties, mais ils ne lient pas directement les juridictions nationales, qui conservent une marge d'interprétation. Le « dialogue des juges », selon l'expression consacrée pour désigner ces échanges entre juridictions nationales et européennes, est un processus subtil, fait de résistances, de convergences progressives et d'ajustements mutuels.

La transformation du fait majoritaire et le rôle du juge constitutionnel

L'une des évolutions les plus significatives de la Ve République concerne la transformation du fait majoritaire et, corrélativement, le rôle croissant du Conseil constitutionnel. Ces deux phénomènes sont liés et méritent d'être analysés conjointement.

Le fait majoritaire désigne la concordance entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire, qui caractérise le fonctionnement normal de la Ve République depuis 1962. Lorsque le président dispose d'une majorité stable à l'Assemblée nationale, il peut gouverner efficacement, le Parlement votant les lois conformément à l'orientation politique définie par l'exécutif. Ce mécanisme n'est inscrit dans aucun texte constitutionnel. Il est le produit d'une pratique institutionnelle rendue possible par le mode de scrutin uninominal majoritaire à deux tours, qui favorise la bipolarisation de la vie politique et la formation de majorités cohérentes.

Pour comprendre l'ampleur de la transformation en cours, il faut mesurer ce que le fait majoritaire impliquait concrètement. Sous la présidence de Jacques Chirac (2002-2007) ou de Nicolas Sarkozy (2007-2012), le gouvernement pouvait faire adopter ses projets de loi sans négociation véritable avec l'opposition. Le Parlement, dans ce contexte, fonctionnait moins comme un contre-pouvoir que comme une chambre d'enregistrement, ce que les constitutionnalistes ont parfois qualifié, avec une ironie à peine voilée, de « parlementarisme rationalisé poussé à son terme ». Les mécanismes de la Constitution de 1958, le vote bloqué (article 44, alinéa 3), l'engagement de la responsabilité du gouvernement sur un texte (article 49, alinéa 3), avaient été conçus pour renforcer

l'exécutif face à un Parlement potentiellement rétif. Mais avec une majorité disciplinée, ces outils devenaient presque superflus.

Or, ce paysage a volé en éclats. L'élection présidentielle de 2017, puis les législatives qui ont suivi, ont marqué l'effondrement du bipartisme traditionnel droite-gauche. L'Assemblée nationale élue en 2022 ne comportait déjà plus de majorité absolue, contraignant le gouvernement à un usage répété de l'article 49-3. Quarante-sept recours en vingt mois entre 2022 et 2024, un record historique qui a ravivé le débat sur la légitimité démocratique de ce mécanisme. L'Assemblée élue en 2024 a accentué cette fragmentation : aucun des trois blocs principaux ne dispose d'une majorité, même relative, suffisante pour gouverner seul. La France est entrée dans ce que certains constitutionnalistes appellent un « parlementarisme de coalition » à la mode européenne, mais sans la culture politique du compromis qui l'accompagne en Allemagne ou aux Pays-Bas.

Les conséquences juridiques de cette transformation sont profondes. L'instabilité parlementaire réhabilite des mécanismes longtemps marginaux : la motion de censure redevient une arme crédible, la question de confiance retrouve un sens stratégique, le Sénat, chambre plus stable, voit son influence législative croître. Mais surtout, cette fragmentation renforce le rôle du Conseil constitutionnel, qui devient l'arbitre ultime des conflits entre le Parlement et le gouvernement. La saisine du Conseil, ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs depuis la révision constitutionnelle de 1974, est devenue un instrument d'opposition systématique. Presque toutes les lois importantes sont désormais déférées au Conseil, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution avant leur promulgation. Dans un Parlement fragmenté, où la majorité est fragile et les compromis législatifs instables, le Conseil constitutionnel n'est plus seulement un gardien des droits. Il est devenu un acteur stratégique de la fabrique de la loi.

Le Conseil constitutionnel est ainsi passé du statut de « gardien de la compétence législative », sa fonction originelle consistant à vérifier que le Parlement ne déborde pas de son domaine, à celui de protecteur des droits et libertés fondamentaux. La décision du 16 juillet 1971, dite « Liberté d'association », qui a intégré le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité, a marqué un tournant historique. Le doyen Louis Favoreu, infatigable promoteur du droit constitutionnel comme droit vivant, a consacré des travaux fondateurs à cette transformation, montrant comment le Conseil est passé d'une institution marginale à un véritable « régulateur des pouvoirs publics ». Depuis lors, le Conseil dispose d'un corpus de droits substantiels à l'aune desquels il peut censurer la loi.

Mais cette montée en puissance du juge constitutionnel n'est pas sans susciter des critiques. La principale est celle du « gouvernement des juges » : dans un régime

démocratique, est-il légitime que neuf membres non élus puissent invalider une loi votée par les représentants du peuple ? Cette critique repose sur une conception stricte de la démocratie comme souveraineté de la majorité. Mais elle se heurte à une autre conception, non moins légitime, de la démocratie comme État de droit, c'est-à-dire comme régime dans lequel le pouvoir de la majorité est limité par le respect des droits fondamentaux.

Encadré pédagogique — La dialectique démocratie-État de droit

Nous touchons ici à l'une des tensions les plus fécondes du droit constitutionnel contemporain : la dialectique entre le principe démocratique et le principe de l'État de droit. Le principe démocratique veut que la loi soit l'expression de la volonté générale, formée par la majorité. Le principe de l'État de droit veut que cette volonté soit elle-même soumise à des normes supérieures qui protègent les droits fondamentaux. Lorsqu'un juge constitutionnel censure une loi, il ne s'oppose pas à la démocratie — il en garantit une dimension essentielle, celle qui protège les minorités et les individus contre l'arbitraire de la majorité. Comprendre cette dialectique, c'est comprendre que la démocratie n'est pas seulement un régime de majorité, mais un régime de droit. Et cette compréhension est au cœur du raisonnement constitutionnel.

La question de la légitimité du juge constitutionnel se pose avec une acuité particulière lorsque le Conseil est appelé à se prononcer sur des questions de société qui divisent profondément l'opinion : mariage pour tous, fin de vie, bioéthique. Dans ces domaines, la frontière entre contrôle de constitutionnalité et arbitrage politique est ténue. Le Conseil constitutionnel a jusqu'ici fait preuve de prudence, reconnaissant au législateur un « pouvoir d'appréciation » large en matière de politique sociale, et se limitant à censurer les dispositions manifestement disproportionnées ou contraires aux droits fondamentaux. Mais cette retenue elle-même est un choix, et rien ne garantit qu'il sera maintenu indéfiniment.

QUATRIÈME PARTIE — Libertés, sécurité et contrôle : les tensions de la modernité

Les parties précédentes nous ont conduit des questions les plus intimes, le corps, la naissance, la mort, aux grands équilibres du pouvoir, la séparation des pouvoirs, le contrôle de constitutionnalité, le rapport entre souveraineté et droit international. Il est un domaine où toutes ces dimensions convergent : celui du rapport entre les libertés individuelles et les impératifs de sécurité collective. Cette tension n'est pas nouvelle, elle traverse toute l'histoire du constitutionnalisme, mais elle a pris une intensité particulière depuis le début du XXI^e siècle, sous l'effet conjugué du terrorisme, des technologies de surveillance et des crises sanitaires.

Libertés publiques et impératifs de sécurité

L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », et énumère parmi ces droits « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». On notera que la sûreté figure parmi les droits naturels au même titre que la liberté. Les révolutionnaires de 1789 avaient compris que la liberté sans sécurité n'est qu'une illusion, mais aussi que la sécurité sans liberté est une tyrannie.

Cette intuition fondatrice est au cœur des débats contemporains. Les lois antiterroristes adoptées en France depuis 2001, et singulièrement depuis les attentats de 2015, ont considérablement étendu les pouvoirs des services de renseignement et de police. La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a légalisé des techniques de surveillance jusqu'alors pratiquées de manière clandestine : écoutes téléphoniques, captation de données informatiques, surveillance par géolocalisation, utilisation de dispositifs techniques de proximité (les fameux « IMSI catchers »). La loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dite loi SILT, a intégré dans le droit commun certaines mesures de l'état d'urgence : assignations à résidence

(rebaptisées « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance »), perquisitions administratives (devenues « visites et saisies »), fermeture de lieux de culte.

Chacune de ces mesures a fait l'objet de recours devant le Conseil constitutionnel et devant les juridictions administratives. Et chaque fois, la question posée est la même : la mesure est-elle proportionnée à l'objectif de sécurité poursuivi ? Le principe de proportionnalité, en effet, est le pivot du contrôle juridictionnel en matière de libertés. Il exige que toute restriction à une liberté fondamentale soit nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit.

Le Conseil constitutionnel a validé la plupart des mesures antiterroristes, tout en émettant des réserves d'interprétation et en censurant certaines dispositions considérées comme excessives. Mais cette validation ne clôt pas le débat. Car le problème de fond est celui de l'accumulation : chaque mesure prise isolément peut paraître proportionnée, mais c'est leur empilement qui finit par créer un environnement de surveillance généralisée. La Cour de justice de l'Union européenne, dans ses arrêts *Digital Rights Ireland* (2014) et *Tele2 Sverige* (2016), a censuré la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, estimant qu'elle constituait une ingérence particulièrement grave dans les droits fondamentaux. La France a eu du mal à se conformer à cette jurisprudence, le Conseil d'État ayant cherché un compromis dans sa décision *French Data Network* du 21 avril 2021.

Les limites de la liberté d'expression

La liberté d'expression est souvent présentée comme la « mère des libertés », celle sans laquelle toutes les autres sont compromises. Jean Rivero, l'un des pères du droit des libertés publiques en France, soulignait déjà que cette liberté est à la fois la plus précieuse et la plus dangereuse : précieuse parce qu'elle est le fondement du débat démocratique, dangereuse parce qu'elle peut servir de véhicule à la haine et à la manipulation. Elle est garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 (« la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme »), par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Mais cette liberté n'est pas absolue. L'article 11 de la Déclaration de 1789 précise lui-même que l'exercice de cette liberté peut donner lieu à responsabilité dans les cas « déterminés par la loi ». Le droit français connaît ainsi de nombreuses limitations à la liberté d'expression : la diffamation et l'injure (loi du 29 juillet 1881), l'incitation à la haine raciale

(loi Pleven de 1972), la contestation de l'existence de crimes contre l'humanité (loi Gayssot de 1990), l'apologie du terrorisme (article 421-2-5 du Code pénal).

Ce qui rend la liberté d'expression si riche pour le raisonnement juridique, c'est qu'elle oblige à penser simultanément plusieurs dimensions. La dimension individuelle, d'abord : celui qui s'exprime exerce un droit fondamental. La dimension collective ensuite : la liberté d'expression contribue au débat démocratique et à la recherche de la vérité. La dimension protectrice enfin : certaines paroles causent un préjudice à des personnes ou à des groupes et doivent être sanctionnées.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté d'expression est particulièrement riche et nuancée. Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* de 1976, la Cour a posé un principe fondamental : la liberté d'expression protège non seulement les propos qui sont favorablement accueillis, mais aussi ceux qui « heurtent, choquent ou inquiètent ». Cette formule est devenue un classique du droit des libertés. Elle signifie que le test de la liberté d'expression ne se mesure pas à l'aune des propos consensuels, mais précisément à l'aune des propos dérangeants.

L'affaire Dieudonné, en France, a fourni une illustration concrète et controversée de ces limites. En janvier 2014, le Conseil d'État, statuant en référé, a validé l'interdiction d'un spectacle de l'humoriste Dieudonné M'bala M'bala, en considérant que le contenu du spectacle portait atteinte à la dignité de la personne humaine et comportait des propos à caractère antisémite susceptibles de troubler l'ordre public. Cette décision a été vivement critiquée, certains y voyant une censure préventive incompatible avec la liberté d'expression, d'autres saluant une application nécessaire des limites à cette liberté. Le point juridiquement décisif est que le Conseil d'État a fondé sa décision non pas sur une incrimination pénale (les propos n'avaient pas encore été tenus) mais sur le pouvoir de police administrative du maire, ce qui déplace le contrôle du juge pénal (qui sanctionne après) vers le juge administratif (qui prévient avant). Ce glissement du répressif vers le préventif est lui-même un sujet de débat doctrinal fondamental.

Mais au-delà de ce cas particulier, la Cour européenne a elle-même posé le principe selon lequel les discours de haine ne bénéficient pas de la protection de l'article 10, en application de l'article 17 de la Convention, qui interdit l'abus de droit. Cette exclusion soulève cependant une difficulté de qualification : où commence le discours de haine ? Où s'arrête le propos provocant mais légitime ? La frontière est mouvante, et les juridictions, nationales comme européennes, doivent la tracer au cas par cas, en tenant compte du contexte, de l'intention de l'auteur, de l'impact des propos et du statut de la personne qui s'exprime.

Encadré pédagogique — Raisonner en juriste sur un sujet qui déchaîne les passions

La liberté d'expression est l'un de ces sujets qui suscitent des réactions vives et souvent tranchées. « Je suis pour la liberté d'expression absolue » ou « il faut interdire les propos qui blessent » sont des positions courantes dans le débat public. Mais le juriste ne peut se satisfaire ni de l'une ni de l'autre. Sa tâche est de comprendre le régime juridique existant, d'en identifier les principes directeurs et d'en évaluer la cohérence. Pourquoi la loi française distingue-t-elle entre la diffamation (qui est sanctionnée) et la critique acerbe (qui ne l'est pas) ? Pourquoi protège-t-elle la satire mais interdit-elle l'injure raciale ? Ces distinctions ne sont pas arbitraires : elles reflètent des choix normatifs qui peuvent être discutés, critiqués, mais qui doivent d'abord être compris dans leur logique propre. Le réflexe du juriste n'est pas de s'indigner, mais de comprendre.

La question s'est renouvelée avec l'émergence des plateformes numériques. La loi du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, dite loi Avia, a été largement censurée par le Conseil constitutionnel, qui a jugé que l'obligation faite aux plateformes de retirer en 24 heures les contenus « manifestement illicites » risquait de conduire à une censure excessive, les plateformes étant incitées à supprimer préventivement tout contenu litigieux pour éviter les sanctions. Le Conseil a ainsi rappelé que la régulation de la parole en ligne ne peut se faire au détriment de la liberté d'expression, même lorsque l'objectif poursuivi, la lutte contre la haine, est légitime.

Le règlement européen sur les services numériques (Digital Services Act, DSA), entré en application en 2024, tente de trouver un équilibre en imposant aux plateformes des obligations de transparence, de signalement et de recours, sans aller jusqu'à l'obligation de retrait dans un délai impératif. Mais ce texte soulève à son tour des questions : la régulation des contenus en ligne peut-elle être efficace sans mécanisme coercitif rapide ? Et qui, en définitive, décide de ce qui est licite : le juge, le législateur ou l'algorithme ?

La protection des données personnelles : l'individu face au pouvoir informationnel

Il y a cinquante ans, la question de la protection des données personnelles n'existait tout simplement pas. Il est le produit d'une révolution technologique qui a transformé les données, c'est-à-dire les informations relatives à une personne identifiée ou identifiable, en une ressource économique majeure et en un instrument de pouvoir.

En France, la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 a été pionnière à l'échelle mondiale. Adoptée en réaction au projet SAFARI, qui visait à interconnecter les fichiers administratifs à partir du numéro de sécurité sociale, cette loi a posé les principes fondamentaux de la protection des données : finalité du traitement, proportionnalité de la collecte, droit d'accès et de rectification, consentement de la personne concernée. Elle a également créé la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect de ces principes.

Mais c'est le Règlement général sur la protection des données (RGPD), adopté par l'Union européenne le 27 avril 2016 et entré en application le 25 mai 2018, qui a véritablement transformé le paysage juridique. Le RGPD a introduit plusieurs innovations majeures : le principe d'accountability (responsabilisation des responsables de traitement), le droit à la portabilité des données, le droit à l'effacement (souvent appelé « droit à l'oubli »), l'obligation de désigner un délégué à la protection des données, et surtout des sanctions dissuasives pouvant atteindre 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise.

La tension que révèle la protection des données est celle entre la liberté économique et la protection de la vie privée. Les entreprises du numérique, les GAFAM en tête, fondent leur modèle économique sur la collecte et l'exploitation massive de données personnelles. Le ciblage publicitaire, la personnalisation des services, le profilage comportemental reposent sur l'accumulation de données qui permettent de connaître les individus avec une précision inédite. Le RGPD tente de réguler cette exploitation en imposant des règles de transparence et de consentement. Mais la réalité est que le consentement, dans l'univers numérique, est souvent une fiction : qui lit réellement les conditions générales d'utilisation ? Qui comprend la portée des « cookies » qu'il accepte en un clic ?

La Cour de justice de l'Union européenne a joué un rôle décisif dans la structuration de cette protection. L'arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014, qui a consacré le droit au déréférencement, a reconnu qu'une personne peut demander la suppression de liens vers des contenus la concernant dans les résultats d'un moteur de recherche, lorsque ces contenus sont « inadéquats, pas ou plus pertinents, ou excessifs ». L'arrêt *Schrems I* du 6 octobre 2015 a invalidé l'accord Safe Harbor qui encadrait les transferts de données entre l'Union européenne et les États-Unis, en considérant que le régime de surveillance américain ne garantissait pas un niveau de protection adéquat. L'arrêt *Schrems II* du 16

juillet 2020 a invalidé, pour les mêmes raisons, l'accord Privacy Shield qui avait succédé au Safe Harbor.

Ces décisions dessinent une tendance de fond : la protection des données personnelles est devenue un enjeu géopolitique. L'Union européenne, à travers le RGPD et la jurisprudence de sa Cour, affirme un modèle de protection qui entre en conflit avec le modèle américain, plus permissif, et avec le modèle chinois, fondé sur une surveillance étatique assumée. Le droit des données personnelles est ainsi devenu l'un des terrains sur lesquels se jouent les rapports de force entre grandes puissances.

Mais au-delà de la géopolitique, la protection des données soulève une question philosophique que le juriste ne peut pas esquiver : qu'est-ce que la vie privée à l'ère numérique ? La conception traditionnelle de la vie privée, telle qu'elle a été théorisée par Samuel Warren et Louis Brandeis dans leur article fondateur de 1890, reposait sur l'idée d'un « droit d'être laissé tranquille » (*the right to be let alone*). Cette conception supposait une frontière claire entre l'espace public et l'espace privé, une frontière que le numérique a rendue poreuse. Lorsqu'un individu publie volontairement des informations sur un réseau social, peut-il encore revendiquer un droit à la vie privée sur ces informations ? Lorsqu'il utilise un service « gratuit » en échange de ses données, s'agit-il d'un consentement éclairé ou d'un choix contraint par l'absence d'alternative ?

La CNIL, dans sa pratique décisionnelle, a tenté de répondre à ces questions. Sa délibération du 31 décembre 2021 sanctionnant Google et Facebook pour l'opacité de leurs mécanismes de cookies (amendes de 150 millions et 60 millions d'euros respectivement) a posé le principe selon lequel le consentement doit être aussi facile à refuser qu'à donner. Cette exigence, apparemment simple, remet en cause tout le *design* des interfaces numériques, qui sont précisément conçues pour inciter l'utilisateur à accepter. Le droit des données personnelles devient ainsi, de manière inattendue, un droit du design et de l'architecture des interfaces, un domaine où la norme juridique se heurte à la puissance de la conception logicielle.

Le concept de « souveraineté numérique » irrigue de plus en plus le débat juridique et politique. L'idée que les données des citoyens européens doivent être stockées et traitées en Europe, à l'abri des législations extraterritoriales comme le *Cloud Act* américain de 2018, traduit une préoccupation nouvelle : les données ne sont pas seulement des informations privées, elles sont aussi des actifs stratégiques dont la maîtrise conditionne la souveraineté des États. Le droit des données personnelles, né comme un droit de protection de l'individu, est en train de devenir un instrument de politique industrielle et de souveraineté. Cette mutation en dit long sur l'importance que nos sociétés accordent désormais à la ressource informationnelle.

CINQUIÈME PARTIE — Les frontières du droit : nouveaux enjeux, nouvelles responsabilités

Jusqu'ici, nous avons exploré des domaines où le droit, même s'il tâtonne et s'ajuste, dispose de catégories éprouvées : la filiation, la peine, la liberté d'expression, le contrôle de constitutionnalité. Mais que se passe-t-il lorsque le droit est confronté à des réalités si nouvelles que ses catégories traditionnelles ne suffisent plus ? Le droit est par nature en retard sur le monde. Les transformations sociales, technologiques et environnementales créent des situations inédites que les catégories juridiques existantes peinent à saisir. Cette cinquième partie explore trois enjeux qui illustrent de manière frappante ce décalage, et les efforts du droit pour le combler.

L'intelligence artificielle : régir ce qu'on ne comprend pas encore

L'intelligence artificielle, et singulièrement les systèmes d'apprentissage automatique et les modèles de langage de grande taille, pose au droit des défis d'une ampleur sans précédent. Non pas parce que la technologie serait intrinsèquement menaçante, mais parce qu'elle remet en cause les catégories fondamentales sur lesquelles le droit est construit.

La première question est celle de la responsabilité. Le droit de la responsabilité civile repose, depuis le Code civil de 1804, sur trois piliers : un fait générateur, un dommage et un lien de causalité. Lorsqu'un dommage est causé par une machine traditionnelle, la chaîne de responsabilité est relativement claire : le fabricant, l'utilisateur ou le gardien de la chose peuvent être tenus responsables selon les cas. Mais lorsqu'un système d'intelligence artificielle autonome cause un dommage, qu'il s'agisse d'un véhicule autonome qui provoque un accident, un algorithme de recrutement qui discrimine, un système de diagnostic médical qui se trompe, la chaîne de responsabilité se brouille. Qui

est responsable ? Le concepteur de l'algorithme ? L'entreprise qui l'a déployé ? L'utilisateur qui l'a activé ? La machine elle-même ?

Cette dernière hypothèse, la responsabilité de la machine, a été un temps envisagée par le Parlement européen, qui avait proposé en 2017 la création d'une « personnalité électronique » pour les systèmes d'intelligence artificielle les plus avancés. Cette proposition a été abandonnée, mais elle témoigne de la perplexité du droit face à des entités qui ne sont ni des personnes ni des choses au sens classique.

Le règlement européen sur l'intelligence artificielle (*AI Act*), adopté le 13 mars 2024, constitue la première tentative mondiale de régulation globale de l'IA. Il adopte une approche fondée sur les risques, en distinguant quatre catégories : les systèmes d'IA à risque inacceptable (interdits), les systèmes à haut risque (soumis à des obligations renforcées), les systèmes à risque limité (soumis à des obligations de transparence) et les systèmes à risque minimal (libres de toute contrainte). Parmi les pratiques interdites figurent la notation sociale (*social scoring*), la manipulation comportementale subliminale et l'identification biométrique à distance en temps réel dans les espaces publics, sauf exceptions.

Encadré pédagogique — Quand le droit anticipe plutôt qu'il ne réagit

L'AI Act illustre une tendance nouvelle en matière de régulation : le droit anticipe les risques au lieu d'attendre que les dommages se produisent. Cette approche, dite « précautionniste », rompt avec la tradition juridique classique qui ne sanctionne que le dommage avéré. Elle soulève des questions de légitimité : est-il justifié de restreindre une technologie dont on ne mesure pas encore tous les effets ? Mais elle soulève aussi des questions d'efficacité : une régulation élaborée sur la base de technologies actuelles sera-t-elle encore pertinente dans cinq ans, au vu de la rapidité des évolutions technologiques ? Ces questions sont ouvertes, et c'est précisément leur caractère ouvert qui en fait un objet d'analyse juridique passionnant.

L'IA soulève également des questions de propriété intellectuelle. Les œuvres générées par intelligence artificielle (textes, images, musiques) peuvent-elles être protégées par le droit d'auteur ? Le droit d'auteur, tant en France qu'au niveau européen, repose sur le critère d'originalité, défini comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Or, une œuvre produite par une machine, sans intervention créative humaine significative, ne porte

l’empreinte d’aucune personnalité. Les tribunaux, en France et à l’étranger, commencent à se saisir de ces questions, mais le cadre juridique reste largement incertain.

L’IA transforme également en profondeur le droit du travail. Les algorithmes de gestion, ceux qui attribuent les courses aux chauffeurs de VTC, qui évaluent la performance des salariés dans les entrepôts logistiques, qui filtrent les candidatures dans les processus de recrutement, exercent un pouvoir de direction qui était traditionnellement l’apanage de l’employeur humain. Or le droit du travail s’est construit autour de la notion de subordination juridique, c’est-à-dire du pouvoir d’une personne (l’employeur) de donner des ordres, d’en contrôler l’exécution et d’en sanctionner le manquement. Lorsque c’est un algorithme qui donne les ordres, qui contrôle et qui sanctionne, par exemple en « déconnectant » un chauffeur qui refuse trop de courses, la subordination existe-t-elle toujours ? La Cour de cassation a répondu par l’affirmative dans un arrêt du 4 mars 2020, en requalifiant en contrat de travail la relation entre un chauffeur et la plateforme Uber. Mais cette solution jurisprudentielle, aussi importante soit-elle, ne règle pas la question de fond : comment adapter un droit du travail conçu pour des relations humaines à un monde où la direction est exercée par des machines ?

La question de la preuve est un autre point de friction. L’intelligence artificielle peut produire des éléments de preuve, des analyses de données, des reconstitutions, des détections de fraude, dont la fiabilité est statistiquement élevée mais dont le raisonnement est opaque. Le droit de la preuve repose, en matière pénale comme en matière civile, sur le principe du contradictoire : chaque partie doit pouvoir discuter les preuves produites par l’autre. Mais comment discuter une preuve produite par un algorithme de *deep learning* dont les concepteurs eux-mêmes ne peuvent expliquer le processus de décision ? L’exemple américain du logiciel COMPAS, utilisé dans plusieurs États pour évaluer le risque de récidive des détenus, est éclairant. Une enquête de l’organisation ProPublica a montré en 2016 que cet algorithme produisait des résultats biaisés racialement : les accusés noirs se voyaient attribuer un risque de récidive significativement plus élevé que les accusés blancs, à profil criminel comparable. Le prévenu évalué par COMPAS ne peut ni comprendre ni contester le raisonnement qui a conduit à son score de risque. C’est l’antithèse du procès équitable.

Plus largement, l’IA interroge le droit à un procès équitable dans toutes ses dimensions. L’utilisation d’algorithmes prédictifs dans le système judiciaire, que ce soit pour évaluer le risque de récidive, orienter les enquêtes ou traiter des contentieux de masse, soulève des questions fondamentales de transparence et de contradiction. L’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme garantit le droit à un procès équitable, qui implique que chaque partie puisse connaître et contester les éléments sur lesquels le juge fonde sa

décision. L'article 22 du RGPD consacre un « droit à ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé » lorsque cette décision produit des effets juridiques ou l'affecte de manière significative. Ce droit à l'explication, le droit de comprendre pourquoi une décision automatisée a été prise, est peut-être l'un des droits fondamentaux les plus importants du XXI^e siècle. Mais son effectivité se heurte à une réalité technique : les modèles les plus performants sont souvent les moins explicables. Le droit exige de la transparence ; la technologie produit de l'opacité. Cette contradiction est loin d'être résolue.

La responsabilité écologique : le droit face à l'urgence climatique

En août 2023, la Grèce a été frappée par les plus grands incendies jamais enregistrés dans l'Union européenne. Plus de 80 000 hectares de forêts ont brûlé en quelques jours dans la région d'Évros, tuant des dizaines de personnes, dont des migrants qui tentaient de traverser la frontière. La même année, les inondations en Libye ont fait plus de 10 000 morts, la canicule a battu des records en Italie et en Espagne, et le réchauffement des océans a atteint un niveau sans précédent. Ces événements ne sont plus des anomalies ; ils sont la manifestation d'un changement climatique dont les conséquences juridiques sont considérables.

La question écologique est en train de transformer le droit en profondeur. Cette transformation est à la fois normative, de nouvelles règles sont adoptées pour protéger l'environnement, et conceptuelle : les catégories juridiques elles-mêmes sont remises en question par l'ampleur du défi climatique.

Le droit de l'environnement n'est pas nouveau. En France, la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature a posé les premières bases d'une législation environnementale. La Charte de l'environnement de 2004, intégrée au bloc de constitutionnalité, a consacré le droit de chacun à « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et le principe de précaution.

Mais c'est le contentieux climatique qui a véritablement révolutionné la matière. L'affaire « L'Affaire du siècle », portée par des associations environnementales devant le tribunal administratif de Paris, a abouti à un jugement historique du 3 février 2021, par lequel le juge a reconnu la responsabilité de l'État français pour carence fautive dans la lutte contre le changement climatique. Le tribunal a constaté que l'État n'avait pas respecté ses engagements de réduction des émissions de gaz à effet de serre, et a ordonné la réparation

du « préjudice écologique », notion consacrée par l'article 1246 du Code civil depuis la loi du 8 août 2016.

Cette décision s'inscrit dans un mouvement mondial. L'arrêt *Urgenda* de la Cour suprême des Pays-Bas du 20 décembre 2019 a condamné l'État néerlandais à réduire ses émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25 % par rapport à 1990 d'ici 2020. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Suisse* du 9 avril 2024, a jugé pour la première fois que l'insuffisance des politiques climatiques d'un État pouvait constituer une violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention.

Ces décisions transforment en profondeur le droit de l'environnement, traditionnellement perçu comme un droit administratif de régulation, en un droit fondamental opposable. Elles posent la question de la justiciabilité des politiques publiques : le juge peut-il contraindre l'État à modifier sa politique énergétique, industrielle, agricole ? N'est-ce pas une ingérence dans le domaine du politique, réservé aux élus démocratiquement ?

La tension est ici entre le principe de séparation des pouvoirs et l'impératif de protection des droits fondamentaux. Les partisans du contentieux climatique arguent que lorsque le politique faillit, le juge est le dernier recours des citoyens. Les critiques objectent que le juge n'a ni la légitimité démocratique ni l'expertise technique pour définir la politique climatique d'un État.

Au-delà du contentieux, la responsabilité écologique soulève des questions conceptuelles profondes. Le droit peut-il reconnaître des droits à la nature ? Certains systèmes juridiques ont franchi le pas : l'Équateur a inscrit les droits de la Pachamama (la Terre mère) dans sa Constitution en 2008 ; la Nouvelle-Zélande a accordé la personnalité juridique au fleuve Whanganui en 2017. En France, la question est discutée en doctrine, mais aucune personnalité juridique n'a encore été reconnue à un élément naturel. Le débat est néanmoins ouvert, et il touche à la philosophie même du droit : le droit est-il exclusivement un système de régulation des rapports entre personnes, ou peut-il aussi protéger des entités non humaines ?

Les politiques migratoires : entre droits fondamentaux et souveraineté

Le 24 novembre 2021, un canot pneumatique transportant des migrants a chaviré dans la Manche. Vingt-sept personnes sont mortes noyées, à quelques kilomètres des côtes

françaises. Ce drame, l'un des plus meurtriers dans cette zone, a provoqué une onde de choc politique et relancé le débat sur la responsabilité des États dans la gestion des flux migratoires. Juridiquement, il a soulevé une question vertigineuse : un État peut-il être tenu pour responsable de la mort de personnes auxquelles il n'a pas porté secours, lorsque ces personnes se trouvaient dans ses eaux territoriales ?

La question migratoire est sans doute l'une des plus clivantes du débat public contemporain. Elle est aussi l'une des plus riches sur le plan juridique, car elle se situe au carrefour de plusieurs branches du droit (droit international, droit européen, droit constitutionnel, droit administratif, droit pénal) et met en tension des principes fondamentaux.

Le droit d'asile, d'abord, est un droit fondamental. Il est garanti par la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, en droit français, par le Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». Ce droit implique qu'un État ne peut pas refouler une personne vers un pays où elle risque d'être persécutée. C'est le principe de non-refoulement, considéré par beaucoup comme une norme de *jus cogens*.

Mais le droit d'asile se heurte à la volonté des États de contrôler leurs frontières et de maîtriser les flux migratoires. Le Règlement Dublin, qui attribue la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile au premier État membre de l'Union européenne dans lequel le demandeur a pénétré, a été conçu pour éviter les demandes multiples et assurer une répartition des responsabilités. Mais il a eu pour effet de faire peser une charge disproportionnée sur les pays situés aux frontières extérieures de l'Union (Grèce, Italie, Espagne), qui sont les premiers points d'entrée des migrants.

Le Pacte européen sur la migration et l'asile, adopté en 2024 après des années de négociations, tente de réformer ce système en instaurant un mécanisme de solidarité obligatoire entre les États membres. Mais ce mécanisme reste fondé sur des choix alternatifs (accueil de demandeurs d'asile ou contribution financière) qui suscitent des résistances, notamment de la part de certains États d'Europe centrale et orientale.

La réalité concrète du droit d'asile en France révèle un écart considérable entre la noblesse des principes et la dureté des procédures. Le demandeur d'asile qui arrive sur le territoire français doit déposer sa demande auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), autorité administrative indépendante chargée d'instruire les dossiers. L'instruction comprend un entretien individuel, au cours duquel le demandeur doit

exposer les persécutions qu'il a subies ou qu'il craint. La charge de la preuve est théoriquement partagée : le demandeur doit étayer son récit, l'OFPRA doit coopérer à l'établissement des faits. Mais en pratique, c'est la crédibilité du récit qui détermine l'issue de la demande. Or, comment évaluer la crédibilité d'un récit de torture ou de persécution ? Les officiers de protection de l'OFPRA sont formés à cet exercice, mais la marge d'appréciation est immense, et les taux de rejet varient significativement selon les nationalités et les officiers instructeurs.

En cas de rejet, le demandeur peut former un recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), juridiction administrative spécialisée. Ce recours est en principe suspensif, le demandeur ne peut pas être éloigné tant que la Cour n'a pas statué, mais il existe des exceptions, notamment pour les demandes traitées en procédure accélérée. La CNDA est la juridiction française qui rend le plus grand nombre de décisions chaque année, plus de 60 000, ce qui dit quelque chose de l'ampleur du contentieux.

Les zones d'attente, situées dans les aéroports et les ports, constituent un autre dispositif juridiquement sensible. Un étranger qui arrive en France sans les documents requis peut être maintenu en zone d'attente pendant une durée maximale de vingt jours, le temps que sa situation soit examinée. Pendant cette période, il se trouve sur le territoire français mais est juridiquement considéré comme n'y étant pas encore entré. Cette fiction juridique qui a des conséquences importantes sur les droits dont il bénéficie. Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 25 février 1992, que le maintien en zone d'attente devait être entouré de garanties suffisantes, notamment le contrôle du juge des libertés et de la détention. Mais les conditions matérielles de rétention et l'effectivité de l'accès au droit restent régulièrement dénoncées par les associations et les instances de contrôle.

Ces réalités procédurales ne sont pas de simples détails techniques. Elles sont le lieu où les droits fondamentaux se concrétisent, ou échouent à se concrétiser. Un droit d'asile qui existe dans les textes mais qui se heurte, en pratique, à des délais d'instruction de plusieurs mois, à des conditions d'hébergement indignes et à des taux de rejet très élevés est un droit qui peine à tenir sa promesse. Et c'est cette distance entre le principe et sa mise en œuvre qui constitue, pour le juriste, un objet d'analyse particulièrement important.

La criminalisation de l'aide aux migrants est un autre point de tension juridique majeur. En France, le « délit de solidarité », c'est-à-dire l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger, est prévu par l'article L. 823-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers. Mais le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 6 juillet 2018, a jugé que ce délit ne pouvait porter atteinte au principe de fraternité, reconnu comme principe à valeur constitutionnelle. Le Conseil a ainsi censuré partiellement les dispositions qui sanctionnaient l'aide désintéressée, en imposant une exemption pénale

pour les actes à finalité humanitaire. Cette décision a marqué les esprits, car elle a érigé la fraternité, troisième terme de la devise républicaine, en norme juridique opposable, ce qui n'avait jamais été fait auparavant.

Encadré pédagogique — La fraternité comme norme juridique : un exemple de créativité jurisprudentielle

La décision du Conseil constitutionnel sur le délit de solidarité illustre un phénomène fondamental du droit constitutionnel : la capacité du juge à extraire des normes juridiques de principes que l'on croyait purement symboliques. La fraternité figurait dans la devise républicaine depuis 1848, mais personne ne l'avait jamais invoquée comme fondement d'un contrôle de constitutionnalité. Le Conseil a franchi le pas, en montrant que les principes constitutionnels ne se limitent pas aux textes écrits, mais s'étendent aux valeurs fondamentales que la République reconnaît comme siennes. Cette créativité jurisprudentielle est à la fois la force et le risque du contrôle de constitutionnalité : elle permet d'adapter le droit à des situations imprévues, mais elle pose la question des limites du pouvoir d'interprétation du juge.

La question migratoire soulève enfin des interrogations profondes sur la cohérence du droit. Comment un État peut-il, d'un côté, proclamer le caractère universel des droits de l'homme et, de l'autre, conditionner l'accès à ces droits à la détention d'un titre de séjour ? La distinction entre citoyens et étrangers, entre réguliers et irréguliers, est-elle compatible avec l'article premier de la Déclaration universelle, selon lequel « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » ? Ces questions ne trouvent pas de réponse simple, mais c'est précisément leur complexité qui nourrit la réflexion juridique.

Les droits fondamentaux en période de crise : l'épreuve de l'exception

La pandémie de Covid-19, qui a frappé la France et le monde à partir de mars 2020, a constitué un test grandeur nature pour l'État de droit. En quelques jours, les libertés les plus fondamentales (liberté d'aller et venir, de réunion, d'entreprendre, de culte) ont été restreintes de manière drastique, au nom de la protection de la santé publique.

Le cadre juridique mobilisé a été celui de l'état d'urgence sanitaire, créé par la loi du 23 mars 2020 et prolongé à plusieurs reprises. Ce régime d'exception a habilité le Premier ministre à prendre par décret des mesures restreignant la liberté d'aller et venir (confinement), interdisant les rassemblements, fermant les établissements recevant du public, imposant le port du masque et, ultérieurement, conditionnant l'accès à certains lieux à la présentation d'un passe sanitaire puis d'un passe vaccinal.

La question juridique fondamentale soulevée par ces mesures est celle de la proportionnalité de l'atteinte aux libertés au regard de l'objectif de santé publique. Le Conseil constitutionnel, saisi à plusieurs reprises, a validé l'essentiel du dispositif en considérant que la protection de la santé publique constituait un objectif de valeur constitutionnelle justifiant des restrictions temporaires aux libertés. Le Conseil d'État, statuant en référé-liberté, a de son côté exercé un contrôle de proportionnalité sur chaque mesure individuelle, en vérifiant qu'elle était nécessaire, adaptée et proportionnée.

Mais la crise sanitaire a aussi révélé les faiblesses du contrôle juridictionnel en période d'urgence. Le juge des référés, saisi dans l'urgence, ne dispose pas toujours du temps et des éléments nécessaires pour exercer un contrôle approfondi. La déférence envers l'exécutif est plus marquée en période de crise, ce qui réduit l'intensité du contrôle. Et la prolongation indéfinie de l'état d'exception (l'état d'urgence sanitaire a duré plus de deux ans) pose la question de la normalisation de l'exception : à quel moment les mesures d'urgence cessent-elles d'être exceptionnelles pour devenir le droit commun ?

Cette question n'est pas propre à la crise sanitaire. Elle se pose à chaque état d'urgence, qu'il soit lié au terrorisme, à une catastrophe naturelle ou à une crise politique. Le philosophe Giorgio Agamben a théorisé cette problématique en montrant comment l'état d'exception, présenté comme provisoire, tend à devenir le paradigme normal du gouvernement. Sans adhérer nécessairement à cette thèse, le juriste doit être attentif au risque d'accoutumance normative : lorsque les libertés sont restreintes pendant suffisamment longtemps, la restriction finit par être perçue comme normale, et le retour à l'état antérieur devient plus difficile.

Encadré pédagogique — L'état d'exception comme révélateur de la nature du droit

La période de crise sanitaire offre au juriste un terrain d'observation exceptionnel. Car c'est dans les moments de crise que la nature profonde d'un système juridique se révèle. Un État de droit véritable est un État qui maintient ses garanties même lorsqu'il est tenté de les suspendre. La question n'est pas de savoir si les libertés peuvent être restreintes — elles peuvent toujours l'être, temporairement, dans un but légitime — mais de savoir si les mécanismes de contrôle restent opérants. Le juge statue-t-il encore ? Les recours sont-ils accessibles ? Le Parlement exerce-t-il son pouvoir de contrôle ? C'est à ces critères que l'on mesure la solidité d'un État de droit, et c'est en les examinant que l'on développe un véritable réflexe juridique.

SIXIÈME PARTIE — Synthèse : l’art de la réflexion juridique

Les pages qui précèdent ont traversé un large spectre de sujets, de la bioéthique au droit pénal, du droit constitutionnel aux enjeux numériques, de l’environnement aux migrations. À travers cette traversée, un fil conducteur s’est dessiné, que cette dernière partie vise à rendre explicite.

Qu’est-ce que penser en juriste ?

Penser en juriste, c’est d’abord refuser la simplicité. Le monde social est complexe, les situations humaines sont ambivalentes, les valeurs sont multiples et souvent contradictoires. Le juriste est celui qui accepte cette complexité au lieu de la fuir. Il ne cherche pas la réponse juste, au singulier. Il cherche les réponses possibles, au pluriel, en mesurant les forces et les faiblesses de chacune.

Penser en juriste, c’est ensuite maîtriser un langage. Le droit a ses concepts, ses catégories, ses distinctions. Distinguer un droit subjectif d’une liberté publique, une norme impérative d’une norme supplétive, un principe constitutionnel d’un objectif de valeur constitutionnelle : ces distinctions ne sont pas des subtilités formelles. Elles déterminent la portée des règles, l’étendue des protections, la force des arguments. Le juriste qui ne maîtrise pas ce langage est comme un musicien qui ne connaît pas le solfège : il peut avoir de l’intuition, mais il lui manque l’outil.

Penser en juriste, c’est aussi savoir problématiser. Nous avons vu, tout au long de cet essai, comment un sujet de société peut être transformé en question de droit. Ce passage du thème à la problématique est le geste intellectuel fondamental du juriste. Il suppose d’identifier les principes juridiques en jeu, de repérer les tensions entre ces principes et de formuler une question qui rend compte de cette tension.

Prenons un exemple. Le thème « l’euthanasie » peut donner lieu à de nombreuses problématiques, selon l’angle choisi. « Le droit au respect de la vie privée peut-il fonder un

droit de mourir dans la dignité ? » est une problématique centrée sur les droits fondamentaux. « La légalisation de l'aide à mourir est-elle compatible avec l'obligation de protection des personnes vulnérables ? » est une problématique centrée sur la conciliation de principes contradictoires. « Dans quelle mesure les législations étrangères en matière d'euthanasie peuvent-elles inspirer une réforme du droit français ? » est une problématique centrée sur le droit comparé. Chacune de ces formulations ouvre une voie de réflexion différente, et c'est la capacité à formuler et à choisir entre ces voies qui distingue un raisonnement juridique abouti d'une simple description du sujet.

Pour rendre cette méthode parfaitement concrète, déroulons ensemble, pas à pas, la construction d'un raisonnement juridique complet sur un sujet donné.

Encadré pédagogique — Construction d'un raisonnement de A à Z : la liberté d'expression sur les réseaux sociaux

Étape 1 — Lire le sujet et identifier le thème. Imaginons un sujet d'examen formulé ainsi : « La régulation des discours en ligne est-elle compatible avec la liberté d'expression ? » Le thème est clair : il s'agit du rapport entre la régulation d'internet et la liberté d'expression. Mais un thème n'est pas encore une réflexion. Pour l'instant, nous ne savons que de quoi nous allons parler — pas ce que nous allons en dire.

Étape 2 — Repérer les notions juridiques en jeu. Quelles sont les notions mobilisées ? D'un côté, la liberté d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, l'article 10 de la CEDH, et encadrée en droit français par la loi du 29 juillet 1881. De l'autre, la régulation des contenus en ligne, qui fait intervenir la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) de 2004, le Digital Services Act européen de 2024, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la loi Avia (2020). Il faut aussi identifier les acteurs : les plateformes numériques ne sont ni des éditeurs ni de simples hébergeurs — leur statut hybride est lui-même un enjeu juridique.

Étape 3 — Identifier les tensions. Où est le conflit ? Il est entre la protection d'une liberté fondamentale (s'exprimer sans censure préalable) et un objectif légitime de régulation (lutter contre la haine en ligne, la désinformation, les atteintes à la dignité). Mais il y a une tension supplémentaire, plus subtile : le pouvoir de régulation est en partie délégué aux plateformes privées, ce qui signifie que des entreprises commerciales exercent de fait un pouvoir de censure sans mandat démocratique. La tension n'est donc pas seulement entre liberté et sécurité, mais aussi entre régulation publique et pouvoir privé.

Étape 4 — Formuler la problématique. Nous pouvons maintenant transformer ces tensions en une question structurée. Plutôt que « la régulation est-elle compatible avec la liberté ? » — qui appelle un oui ou un non —, nous pouvons formuler : « Dans quelle mesure la délégation aux plateformes numériques du pouvoir de modération des contenus en ligne remet-elle en cause les garanties traditionnelles de la liberté d'expression ? » Cette formulation est meilleure parce qu'elle cible une tension précise (la délégation au privé), qu'elle mobilise un concept juridique fort (les garanties traditionnelles) et qu'elle ouvre un espace de discussion nuancé (« dans quelle mesure »).

Étape 5 — Esquisser un plan de raisonnement. La problématique suggère naturellement une structure. On pourrait d'abord montrer que la régulation des discours en ligne s'inscrit dans une tradition juridique de limitation légitime de la

liberté d'expression (rappel des fondements, jurisprudence CEDH, objectifs constitutionnels). Puis on pourrait montrer que la spécificité du numérique — le rôle des plateformes comme intermédiaires privés investis d'un pouvoir de modération — fragilise les mécanismes classiques de protection (absence de contrôle juridictionnel préalable, opacité algorithmique, risque de sur-censure).

Ce que nous venons de faire en cinq étapes, c'est exactement ce que fait un juriste face à n'importe quel sujet. Il ne commence jamais par rédiger. Il commence par identifier, trier, mettre en tension, formuler. Et c'est ce travail préparatoire — invisible dans la copie finale mais essentiel — qui fait la différence entre un devoir descriptif et un devoir véritablement argumenté.

Les tensions comme matière première

Tout au long de cet essai, nous avons identifié des tensions normatives. Résumons les principales, car elles constituent une grille de lecture transversale qui peut être mobilisée sur presque tous les sujets juridiques.

La tension entre liberté individuelle et ordre public est sans doute la plus fondamentale. Elle irrigue les débats sur la GPA, la fin de vie, la liberté d'expression, la protection des données. Le droit oscille en permanence entre la protection de l'autonomie de la personne et la préservation de valeurs collectives que la société considère comme supérieures à la volonté individuelle.

La tension entre égalité et différence structure les débats sur la PMA, les politiques migratoires, les discriminations. Le principe d'égalité commande de traiter de la même manière des situations comparables, mais il exige aussi, paradoxalement, de traiter différemment des situations différentes. Savoir quand appliquer l'une ou l'autre de ces exigences est l'un des exercices les plus délicats du raisonnement juridique.

La tension entre sécurité et libertés est au cœur du droit pénal, de la lutte antiterroriste, de l'état d'urgence. Le droit cherche à protéger la société contre les menaces, mais il ne peut le faire au prix d'une destruction des libertés qu'il prétend précisément garantir. Le principe de proportionnalité est l'outil conceptuel qui permet de naviguer entre ces deux exigences, mais son application est toujours affaire de jugement.

La tension entre souveraineté nationale et intégration internationale traverse les rapports entre le droit français et le droit européen, entre le Conseil constitutionnel et la Cour

européenne des droits de l'homme, entre la volonté du législateur national et les engagements internationaux de la France. Le droit contemporain est un droit pluriel, fait de strates normatives qui ne se superposent pas toujours harmonieusement.

La tension entre innovation et précaution est au fondement des débats sur l'intelligence artificielle, les biotechnologies, la responsabilité écologique. Le droit doit favoriser l'innovation sans pour autant renoncer à protéger les individus et la collectivité contre les risques inconnus ou mal évalués.

Le droit comme conversation

Il serait tentant, au terme de ce parcours, de réduire le droit à un système de règles figées, que le juriste appliquerait mécaniquement aux situations qui se présentent. Mais cette image est trompeuse. Le droit est, en réalité, une conversation permanente.

C'est une conversation entre le législateur et le juge, chacun interprétant les normes à la lumière de ses compétences propres. C'est une conversation entre les juridictions, nationales et internationales, qui dialoguent, s'influencent, se contredisent parfois, et finissent le plus souvent par converger. C'est une conversation entre le droit et la société, les normes juridiques évoluant sous la pression des transformations sociales, technologiques et culturelles.

Le juriste qui comprend cette dimension conversationnelle du droit est un juriste qui ne se contente pas de connaître les règles : il comprend leur genèse, leur évolution, leur fragilité. Il sait que le droit d'aujourd'hui n'est pas le droit d'hier et ne sera pas le droit de demain. Et c'est cette conscience de la temporalité du droit qui lui permet de penser avec justesse, c'est-à-dire avec nuance, avec rigueur et avec humilité.

Conclusion — Devenir juriste, c’est devenir questionneur

Ce texte vous a conduit à travers les grands enjeux juridiques de notre temps. Vous avez découvert que la GPA met en tension l’indisponibilité du corps humain et l’autonomie individuelle. Que la PMA soulève la question de l’égalité dans l’accès à la filiation. Que l’euthanasie confronte le droit à la vie au droit de mourir dans la dignité. Que la peine de mort interroge les fondements mêmes de la justice. Que la fonction de la peine oscille entre rétribution, dissuasion et réinsertion. Que la garde à vue est un point de friction permanent entre efficacité de l’enquête et droits de la défense. Que le droit pénal contemporain est traversé par des tensions entre sécurité et liberté, entre répression et réhabilitation. Que les droits de l’homme sont revendiqués comme universels mais contestés dans leur portée. Que la souveraineté étatique se heurte au droit international et au droit européen. Que le juge constitutionnel est devenu un acteur central de la démocratie, mais que sa légitimité est discutée. Que la liberté d’expression est protégée mais encadrée, et que l’univers numérique en a bouleversé les conditions d’exercice. Que l’intelligence artificielle remet en cause les catégories fondamentales du droit. Que la responsabilité écologique est en train de transformer le droit de l’environnement en un droit fondamental. Que les données personnelles sont devenues un enjeu de pouvoir. Que la question migratoire est un creuset de tensions normatives. Et que les périodes de crise sont le révélateur ultime de la solidité d’un État de droit.

Mais au-delà de ces connaissances, ce texte vous a surtout montré une méthode. Vous avez appris, ou commencé à apprendre, à transformer un sujet de société en question juridique, à identifier les tensions normatives qui le traversent, à formuler une problématique qui en rende compte, et à construire un raisonnement qui ne simplifie pas mais qui éclaire.

Devenir juriste, ce n’est pas apprendre des règles par cœur. C’est apprendre à questionner. Questionner les évidences, questionner les institutions, questionner les normes elles-mêmes. Et c’est dans cette capacité de questionnement que réside, en définitive, la grandeur, et la difficulté, du métier de juriste.

Le droit n'a pas réponse à tout. Mais il a des questions pour tout. Et c'est en posant les bonnes questions que vous deviendrez, progressivement, un juriste accompli.

Document rédigé dans le cadre du programme de formation de Marie Terki — Essai pédagogique de culture juridique et d'initiation à la réflexion problématisée.