

ANNALES DE DROIT DE LOUVAIN

**Numéro thématique 2026/1 — Transformation
du « droit », science du droit et connaissances
extra-juridiques : dialogues, influences, interférences**

Vol. 91

Revue trimestrielle
de la *Faculté de droit et de criminologie*
et de l'*Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques*
de l'*Université catholique de Louvain* (UCLouvain)
et de l'*Association des diplômés en droit de Louvain* (ADLv)

INTRODUCTION AU NUMÉRO THÉMATIQUE

Transformation du droit, science du droit et connaissances extra-juridiques : dialogues, influences, interférences	Aline NARDI, Edwina TAYLOR et Pierre WALCKIERS	3
--	--	---

ÉGALITÉ ET EFFICACITÉ

L'apport de la science politique et des indicateurs quantitatifs dans l'évaluation des normes visant à garantir l'égalité entre hommes et femmes dans la composition des institutions belges	Romain MERTENS	11
Le recours aux apports des sciences comportementales dans la mise en œuvre du droit fiscal	Pierre-Louis KRUG et Anne VAN DE VIJVER	35

GOUVERNANCE ET SURVEILLANCE

Surveillance juridique en tant qu'événement spatial : réflexions à partir du droit civil	Mate PAKSY	59
Entre rationalité et déficit informationnel : voter et administrer à l'ère de l'intelligence artificielle	Aline NARDI et Edwina TAYLOR	83

ENVIRONNEMENT ET REPRÉSENTATIVITÉ

L'influence des éthiques environnemen- tales sur les mutations contemporaines du droit : le cas du préjudice écologique	Samuel Raquin et Angeliki Zorzou	105
Vers une protection effective de la biodiver- sité au-delà des savoirs scientifiques Étude du cas états-unien	Trujillo Sosa Rocío	121
La semence, la séquence et l'esprit : penser la dématérialisation des plantes au prisme d'une approche cosmopolitique du droit et des savoirs	Kahehtoktha Janice BRANT, Pierre WALCKIERS et Alex ALEXIS	151

HORS THÈME

Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux : vers une définition cohérente	Philippe JACQUES	183
---	------------------	-----

INTRODUCTION AU NUMÉRO THÉMATIQUE

Transformation du droit, science du droit et connaissances extra-juridiques : dialogues, influences, interférences

par Aline Nardi,
Edwina Taylor
et Pierre Walckiers

Pour comprendre, enseigner ou mener des recherches sur le droit et ses « transformations », il semble difficile de se limiter à une approche exclusivement interne. Cela suppose, au contraire, de mobiliser des apports issus d'autres disciplines (les sciences naturelles, sociales, comportementales, mais aussi les sciences citoyennes et savoirs locaux). En effet, les juristes qui s'intéressent à la règle de droit doivent nécessairement comprendre l'objet régulé, le contexte social dans lequel la règle s'inscrit, ainsi que les facteurs externes susceptibles d'affecter sa perception, sa pertinence ou son efficacité¹. Dans le même temps, le droit, ses transformations, la science du droit, tout comme les connaissances extra-juridiques, ne constituent pas des catégories fixes, stables et isolées. Elles entretiennent au contraire des relations de dialogue : elles s'influencent et s'articulent mutuellement.

C'est ce constat qui a mené au développement de ce numéro², qui a pour ambition de revenir sur les mutations, les formes de coexistence de normativités et les influences réciproques entre domaines juridiques et scientifiques. Il s'agit de suivre un premier angle d'analyse présent dans la littérature, et théoriser synchroniquement les rapports de normativité des savoirs et les cadrages épistémologiques par le droit³. D'un côté, les savoirs ont des effets performatifs : ils

¹ A. BAILLEUX et F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013, vol. 70, n° 1, p. 25.

² Ce numéro thématique prolonge les discussions tenues lors de l'atelier intitulé « La science du droit et les connaissances extra-juridiques : comment les connaissances scientifiques (non juridiques) sont canalisées vers le discours juridique, et comment anticiper ses transformations ? », organisé lors des troisièmes rencontres de la Société française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques, les 26 et 27 septembre 2024, pour lesquelles nous remercions la SFPJ et les organisateur-ices.

³ S. JASANOFF et O. LECLERC, *Le droit et la science en action*, Paris, Dalloz, 2013 ; S. JASANOFF, *States of knowledge: the co-production of science and social order*, International library of sociology, Londres, Routledge, 2010 ; O. LECLERC, « Analyse juridique des sciences expérimentales au XVII^e siècle », in *L'analyse juridique de (x)*, Nomos & Normes, Paris, Kimé, 2016, pp. 31-58 ; B. LATOUR, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004 ; L. WATRIN, *Les données scientifiques saisies par le*

participent à la définition de ce qui doit ou non être considéré comme du droit et interrogent la valeur de certaines sources particulières (travaux préparatoires, doctrine, préambules...). De l'autre côté, le droit et les normativités influencent également ces types de savoirs : ils encadrent notamment les conditions de leur production, de leur légitimation et de leur circulation ⁴.

Un premier exemple de ces influences entre droit et savoirs extra-juridiques se constate lorsque le recours à ces disciplines permet de mieux appréhender la réalité et d'améliorer l'efficacité du droit, notamment en réduisant l'écart entre le droit et la réalité ou en mesurant l'impact des politiques publiques. Cela se manifeste en particulier dans les politiques d'égalité femmes-hommes à travers l'usage de données statistiques, ou encore dans l'administration fiscale par le recours aux sciences comportementales et à l'anticipation des pratiques et réflexes des « contribuables-consommateurs », parfois moins rationnels qu'attendu.

En deuxième piste, les savoirs extra-juridiques éclairent également sur les transformations du droit, voire participent activement à ces mutations. Il existe, par exemple, d'importants questionnements en théorie du droit sur la manière dont le droit positif serait aujourd'hui concurrencé, voire dépassée, par l'émergence d'outils normatifs alternatifs au droit *stricto sensu* (droit global, algocratie). Ces concepts semblent en effet annoncer un déplacement du « droit » vers de nouvelles formes de dispositifs de contrôle et de normativités : guides de conduite, comités d'éthique, instruments de *soft law*, ou encore les codes numériques... ⁵

En guise d'exemple, l'idée d'« algocratie » ou celle du « droit comme code » renvoie notamment à l'hypothèse selon laquelle des algorithmes pourraient, dans certaines fonctions, se substituer à la législation ou à la décision administrative, et selon laquelle l'intelligence artificielle pourrait jouer un rôle décisionnel

droit, Bayonne, IFJD, 2019 ; E. TRUILHÉ-MARENGO, *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; L. CANALI, « La preuve par l'expertise dans le contentieux français des changements climatiques », *Revue juridique de l'environnement*, 2022, vol. 47, n° 3, pp. 491-501 ; C. COURNIL, *Expertises et argumentaires juridiques : Contribution à l'étude des procès climatiques*, Confluence des droits, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2024.

⁴ L'intégration croissante du PIB dans des régimes juridiques a, par exemple, conduit à un renforcement des dispositifs techniques et méthodologiques destinés à assurer sa fiabilité et sa crédibilité ; N. VANDER PUTTEN, « La quantification dans les systèmes juridiques : exposé des déterminants juridiques de l'effectivité d'un indicateur », in *Indicateurs institutionnels et gouvernance par les nombres : Repenser l'au-delà du PIB par le droit de la quantification*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2024, pp. 439-510.

⁵ Nous reprenons ainsi la conception foucauldienne de la normativité, qui renvoie à ces « nouveaux procédés de pouvoir, qui ne fonctionnent plus au droit mais à la technique, non pas à la loi mais à la normalisation, non pas au châtiement mais au contrôle » ; M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 [2006], p. 116 ; B. FRYDMAN *et al.*, *Foucault, le droit et la dynastie du savoir*, Paris, Mare & Martin, 2020 ; autre exemple : N. VAN DIJK, S. CASIRAGHI et S. GUTWIRTH, « The 'Ethification' of ICT Governance. Artificial Intelligence and Data Protection in the European Union », *Computer Law & Security Review*, 2021, vol. 43, p. 105597.

croissant dans la production du droit ⁶. Autre exemple, il y a un risque de dérive « épistocratique » lorsque les discours scientifiques sont repris comme argument d'autorité en droit, avec à nouveau cet effacement du droit dû à une traduction de connaissances scientifiques dites « objectives » ⁷.

En fait, ces transformations du droit ne sont pas du seul fait des « nouvelles technologies », et le recours aux connaissances historiques est utile pour comprendre comment le droit s'est progressivement institutionnalisé, rationalisé et étendu (y compris dans des contextes coloniaux marqués par des conflits de normativités), et comment les savoirs extra-juridiques ont pu contribuer à consolider certaines versions objectivistes du droit ⁸. Cette influence des approches scientifiques se retrouve enfin dans une partie de la recherche juridique contemporaine, marquée par une volonté de se détacher d'une approche purement positiviste de la règle de droit afin d'intégrer des méthodes plus empiriques (attentives aux questions d'effectivité du droit positif, des contestations et des pratiques des acteur·ices concerné·es).

Toutefois, cette mise en dialogue entre droit, science du droit et connaissances extra-juridiques n'est pas exempte de controverses épistémologiques quant aux savoirs légitimes pour éclairer le droit. En d'autres mots, s'il y a un piège épistocratique concernant l'effacement du droit par la science, un second piège concerne les injustices épistémiques concernant les types de savoirs valablement entendus. Cela se manifeste notamment dans les contributions de ce numéro, qui s'intéressent aux agencements entre différents types de savoirs le droit de l'environnement : théories éthiques, savoirs locaux et savoirs autochtones.

Il y a par exemple ce risque de pratiques de recherche performatives produisant avant tout un effet de scientificité, sans véritable interrogation sur les présupposés qui les rendent possibles, voire extractives lorsqu'elles puisent des connaissances de communautés marginalisées sans redistribuer les bénéfices issus de la recherche. En quelque sorte, cette approche tend, sous couvert d'une volonté de révéler le réel, à occulter les dimensions normatives et conflictuelles des phénomènes étudiés, ainsi que les choix épistémologiques qui structurent ces disciplines. C'est le cas lorsque les « données » sont traitées comme allant de soi, comme

⁶ J. DANAHER, « The Threat of Algocracy: Reality, Resistance and Accommodation », *Philosophy & Technology*, 2016, vol. 29, n° 3, pp. 245-268 ; L. LESSIG, *Code: And Other Laws Of Cyberspace*, New York, Basic Books, 2000.

⁷ A. VIALA, *Demain, l'épistocratie ?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022 ; P. WALCKIERS, *Scientific discourses as arguments of authority in legal and political fields. The case of seed dematerialization and its legal regime*, Thèse de doctorat, UCLouvain, Louvain-la-Neuve, 3 avril 2026.

⁸ C. AUBRY DE MAROMONT, « Penser l'unité du droit pour faire l'État. L'obligation, effigie du monisme juridique français », *Revue de la recherche juridique*, 2022, n° 1, pp. 55-75 ; J. BORROWS, *Recovering Canada: the resurgence of indigenous law*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

des éléments supposément objectifs et neutres sur lesquels viendrait simplement se construire la connaissance⁹.

Conscient de ces différents contextes, ce numéro a l'ambition de fournir quelques clés d'analyse de ces dialogues, influences, interférences entre la science du droit et les connaissances extra-juridiques, et en particulier dans ces moments de transformations de l'objet « droit ». Trois axes structurent nos approches :

- (1) égalité et efficacité ;
- (2) gouvernance et surveillance ;
- (3) environnement et représentativité.

Via ces trois axes, nous voulons systématiquement analyser les transformations et mutations de la norme et de l'objet « droit », variables selon les disciplines juridiques ; analyser la place croissante des connaissances extra-juridiques dans la pratique et la science du droit ; identifier les types de connaissances mobilisées, leurs modalités d'usage et leurs finalités ; et enfin investiguer les liens et tensions entre ces dynamiques.

Le *premier axe* explore la manière dont le droit mobilise des savoirs issus d'autres disciplines afin d'évaluer et d'améliorer l'efficacité et l'effectivité de ses normes, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe d'égalité. Les contributions rassemblées montrent que les dispositifs juridiques, lorsqu'ils s'appuient sur des savoirs extra-juridiques — notamment issus des sciences politiques, sociologiques ou comportementales — peuvent gagner en cohérence, tout en révélant leurs propres limites.

Dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, Mertens retrace l'évolution des dispositifs belges destinés à garantir une représentation équilibrée au sein des institutions publiques. Il montre que si le constituant et le législateur ont progressivement renforcé ces mécanismes — notamment par l'introduction de quotas dans les listes électorales et certaines fonctions publiques — leur portée réelle ne peut être pleinement comprise qu'à la lumière d'une analyse politologique de leurs effets. Une telle approche permet de mesurer à la fois les avancées réalisées et les limites persistantes de ces mesures, notamment en ce qui concerne l'accès des femmes aux positions les plus influentes. C'est donc dans un dialogue étroit entre le droit et les sciences politiques que réside la clé d'un renforcement de l'effectivité des mécanismes visant à garantir l'égalité entre les hommes et les femmes.

Dans le domaine fiscal, gouverné par le principe d'égalité devant l'impôt, Krug et Van de Vijver proposent d'explorer la place des sciences comportementales

⁹ S. LEONELLI, *Data-Centric Biology: A Philosophical Study*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

dans la pratique des administrations fiscales et, principalement, dans les processus d'établissement et de recouvrement de l'impôt. Krug et Van de Vijver démontrent que des facteurs psychologiques et sociologiques peuvent s'ajouter aux facteurs économiques traditionnels pour tenter d'expliquer comment les contribuables se comportent et respectent leurs obligations fiscales. Les auteur·es font le récit d'expérimentations réalisées en Indonésie, au Minnesota et en Belgique pour analyser l'influence des sciences comportementales sur les relations entre l'administration fiscale et les contribuables. L'article examine également comment ces pratiques s'articulent avec la mise en œuvre du droit fiscal — en termes d'efficacité, d'effectivité et d'efficience — et des grands principes qui encadrent la matière, à savoir le principe de légalité de l'impôt, le principe de l'égalité devant l'impôt et les principes de bonne administration.

Le *deuxième axe* se concentre sur la mobilisation des connaissances extra-juridiques pour proposer une relecture de la gouvernance et de la surveillance en droit. Il s'agit d'examiner comment ces savoirs permettent à la fois d'éclairer les mécanismes historiques qui y sont liés dans notre droit et de les questionner à la lumière des mutations technologiques contemporaines.

Du côté de la gouvernance, Nardi et Taylor examinent la manière dont l'intelligence artificielle reconfigure les conditions de production, de circulation et de mobilisation des connaissances dans la sphère publique. Malgré une abondance de données, les gouvernés et les gouvernants se heurtent à un déficit informationnel auquel l'intelligence artificielle contribue activement, alors même que le droit public vise à garantir des prises de décision éclairées. Pour les gouvernés, l'intelligence artificielle perturbe l'écosystème informationnel à un moment clé de la vie démocratique : les élections. Entre *deepfakes*, microciblage et bulles de filtre, le droit des électeurs à se forger une opinion libre et informée se trouve fragilisé. Du côté des gouvernants, l'opacité des systèmes automatisés compromet la motivation et le contrôle des actes administratifs. Si le droit public offre déjà des réponses à ces enjeux, il doit néanmoins s'enrichir des apports du droit du numérique — développé principalement au niveau européen — afin d'adapter pleinement son arsenal.

Du côté de la surveillance, l'article de Paksy montre comment cette notion dépasse le domaine du droit pénal et de la criminologie et peut être comprise comme un phénomène spatial vertical, dans lequel un certain espace est gouverné par une autorité d'au-dessus, horizontalement. L'auteur mobilise d'autres branches du droit pouvant s'alimenter mutuellement pour éclairer la notion de surveillance et ses différentes formes, et comment elle se prolonge d'une discipline à l'autre. L'analyse n'est pas que juridique, car des apports issus de l'histoire, de la linguistique et de la sociologie viennent mettre en lumière la transformation de l'objet du droit : comment la surveillance se diffuse et englobe, parmi les domaines du

droit, des aspects du droit civil qui dépassent les limites du droit privé. En analysant la surveillance dans ce contexte aux multiples facettes, l'auteur discute de ses implications pour les droits subjectifs et du rôle de la gouvernance dans le développement d'une conception institutionnelle cohérente avec l'idée de l'État de droit.

Le *troisième axe* est consacré à l'environnement et à la représentativité. Il montre à la fois comment différents types de savoirs extra-juridiques peuvent influencer les réglementations liées à la protection de l'environnement et de la biodiversité. Dans ce geste, il s'agit également de porter un regard critique sur les savoirs entendus pour cet exercice, et la manière dont le droit peut se saisir de ces conflits épistémologiques.

Cet axe s'ouvre par l'article de Zorzou et Raquin, qui examine le caractère subversif du préjudice écologique depuis la modification de l'article 1247 du Code civil. Celui-ci crée une exception au caractère personnel du dommage en consacrant la réparabilité d'un préjudice subi par une entité dépourvue de personnalité juridique. Dans ce mouvement, les auteur·es portent une attention particulière aux rôles des éthiques environnementales en tant que connaissances extra-juridiques participant aux mutations de ces éléments du droit. L'article de Zorzou et Raquin démontre que l'article 1247 du Code civil véhicule en réalité des conceptions philosophiques difficilement conciliables : une protection de l'environnement fondée sur la reconnaissance de sa valeur intrinsèque face à une conception instrumentale de la nature. L'article propose alors une lecture dynamique de l'article 1247 du Code civil : ce ne seraient pas les humains d'un côté et les écosystèmes de l'autre qui seraient protégés, mais bien leur relation d'interdépendance et le collectif qu'ils forment ensemble. Une telle lecture permettrait d'assigner au préjudice écologique un fondement plus adéquat — celui d'une éthique relationnelle écocentrique — et d'en restaurer la cohérence axiologique.

Prolongeant cette réflexion sur les relations entre environnement, biodiversité et savoirs extra-juridiques, la contribution de Trujillo Sosa revient sur les savoirs légitimement reconnus dans la gouvernance de la biodiversité. L'auteure examine la manière dont différents systèmes de savoirs — scientifiques, autochtones et locaux — sont mobilisés dans deux contextes distincts de protection juridique des grands prédateurs. D'une part, l'*Endangered Species Act*, où le droit fédéral privilégie certains savoirs scientifiques au détriment d'autres formes de connaissances ; d'autre part, le *Blackfoot Challenge*, qui vise à articuler différents savoirs locaux et à construire un dialogue entre acteur·ices afin de favoriser la coexistence avec les grands prédateurs. Comme elle le souligne, si le contentieux constitue un espace où les données scientifiques sont largement mobilisées et interprétées, il importe aussi de valoriser la participation du public dans les décisions de conservation. Cela suppose que les acteur·ices puissent s'approprier ces connaissances, mais

aussi que le droit facilite des espaces intégrant des savoirs locaux et autochtones. Le droit, selon l’auteure, offrirait ainsi un espace où différents systèmes de savoirs peuvent cohabiter et servir d’instruments démocratiques.

L’article proposé par Kahehtoktha, Walckiers et Alexis questionne aussi les types de savoirs mobilisés dans l’interprétation du droit international. À cet égard, l’article propose un exercice collaboratif en contexte autochtone, accordant une attention particulière aux savoirs de Kahehtoktha, cofondatrice du Sanctuaire des semences de Kenhte:ke, afin de réinterpréter les définitions de « ressource génétique ». Le point de départ de cette réflexion est la dématérialisation des semences et les usages des séquences génétiques, sujet cristallisant des tensions dans différents instruments de droit international relatifs à l’accès et au partage des avantages. L’article critique la manière dont les sciences occidentales sont reprises stratégiquement pour interpréter de façon restrictive les définitions de « ressources génétiques », en les limitant à des éléments matériels. Soulignant certaines dispositions du droit positif ouvertes aux ontologies et savoirs autochtones, l’article propose une interprétation cosmopolitique de ces instruments. Par exemple, le Sanctuaire des semences défend une approche relationnelle aux semences, combinant des dimensions matérielles, culturelles et immatérielles. Les relations holistiques avec les semences sont aussi réaffirmées à travers l’étude de la ceinture wampum « *Passing the Seeds* », à partir de laquelle l’article propose des ouvertures par des considérations sur les épistémologies du droit.



ÉGALITÉ ET EFFICACITÉ

L'apport de la science politique et des indicateurs quantitatifs dans l'évaluation des normes visant à garantir l'égalité entre hommes et femmes dans la composition des institutions belges

par Romain MERTENS*, **

RÉSUMÉ

Depuis le milieu des années 1990, le Constituant et le législateur, tant fédéral que fédéré, ont adopté des mesures afin de garantir une présence équilibrée des femmes et des hommes dans les institutions politiques. Ces mesures concernent tout particulièrement la confection des listes électorales, la composition des exécutifs ainsi que le siège de la Cour constitutionnelle. Le recours aux indicateurs quantitatifs est nécessaire, que ce soit pour élaborer ou évaluer ces normes. Or, compter les hommes et les femmes au sein des institutions est une opération loin d'être simple. Par ailleurs, les autres sciences humaines, et spécialement la science politique, offrent des analyses de l'efficacité et de l'impact de ces différentes mesures. La présente contribution revient sur les mesures adoptées en Belgique, avant de se pencher sur la manière dont les savoirs extra-juridiques que sont les indicateurs quantitatifs et les apports des autres sciences humaines peuvent nourrir la réflexion juridique sur cette question.

ABSTRACT

Since the mid-1990s, both the Constituent and the legislator, at the federal and federated levels, have adopted measures to ensure a balanced presence of women and men in political institutions. These measures particularly concern the drafting of electoral lists, the composition of governments, and the appointment of judges to the Constitutional Court. The use of quantitative indicators is necessary, for

* Chercheur post-doctorant et chargé d'enseignement à l'Université de Namur.

** La présente contribution est à jour au 12 décembre 2025.

developing and assessing these rules. However, counting the number of men and women within institutions is far from a simple task. Moreover, other social sciences, especially political science, provide analyses of the effectiveness and impact of these various measures. This contribution reviews the measures adopted in Belgium, before examining how extra-legal knowledge, such as quantitative indicators and insights from other social sciences, can inform legal thinking.

INTRODUCTION

1. L'égalité des sexes constitue un des dix-sept objectifs de développement durable fixés par les Nations unies à atteindre d'ici 2030. Elle implique notamment « la participation entière et effective des femmes et leur accès en toute égalité aux fonctions de direction à tous les niveaux de décision, dans la vie politique, économique et publique »¹. En effet, force est de constater que les femmes ont longtemps été exclues de l'exercice du pouvoir politique institutionnalisé. En Belgique, il faut attendre 1921 pour que Marie Janson soit la première femme à siéger dans une assemblée législative, en l'espèce le Sénat². En 1948, le droit de vote devient véritablement universel. En 1995, les femmes ne sont que 18 au sein de la Chambre des représentants et 16 au Sénat, ce qui représente respectivement 12 et 22,5 % du total des députés et des sénateurs³. S'agissant du gouvernement fédéral, c'est en 1965 que la première femme est nommée ministre, en la personne de Marguerite de Riemaeker-Legot⁴.

Dans ce contexte, depuis le milieu des années 1990, le pouvoir constituant et le pouvoir législatif, tant fédéral que fédéré, ont adopté diverses mesures afin de garantir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les institutions publiques belges⁵. Ces mesures s'inscrivent dans un mouvement transnational d'actions en faveur de la présence des femmes dans les institutions politiques⁶. Elles répondent également aux exigences de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par la Belgique

¹ Voy. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/gender-equality/> (consulté le 12 décembre 2025).

² Voy. https://www.senate.be/home/sections/geschiedenis_en_erfgoed/Marie-Janson/portrait-of-a-lady_fr.html (consulté le 12 décembre 2025).

³ Voy. <http://archive.ipu.org/wmn-f/arc/classif95.htm> (consulté le 17 juin 2025).

⁴ Voy. <https://femmesdedroit.be/nos-actions/femmes-memorables/femmes-politiques-belges/> (consulté le 17 juin 2025).

⁵ Pour un aperçu historique de l'adoption de ces réformes, particulièrement en matière électorale, voy. P. MEIER, « From Laggard to Leader: Explaining the Belgian Gender Quotas and Parity Clause », *West European Politics*, 2012, pp. 362-379.

⁶ Voy. M. L. KROOK, « Reforming Representation: The Diffusion of Candidate Gender Quotas Worldwide », *Politics and gender*, 2006, pp. 303-327.

en 1985. Surtout, ces mesures ne sont pas le produit d'une évolution « technique » du droit, mais sont le résultat de mobilisations et de luttes politiques et sociales ⁷.

On retrouve ces mesures tant au sein du pouvoir législatif, exécutif que juridictionnel ⁸. Même si les raisons qui sous-tendent leur adoption sont multiples ⁹, l'objectif est de compenser la sous-représentation structurelle des femmes dans les institutions belges. En 1994, lorsque la première loi en la matière est adoptée, le législateur souligne explicitement qu'il veut « accroître la présence des femmes sur les listes » ¹⁰ électorales. La Belgique fait figure de pays précurseur, étant le sixième au monde à adopter des quotas en faveur des femmes sur les listes électorales, en l'occurrence fixés à un tiers du nombre de candidats ¹¹.

2. Dès lors que ces normes envisagent la représentation sous un angle « descriptif » ¹², le recours à des indicateurs quantitatifs est indispensable pour étudier l'effet des normes juridiques visant à garantir l'égalité de genre dans la composition des institutions ¹³. En outre, les autres sciences humaines — en particulier la science politique — étudient les impacts de ces normes sur la représentation des femmes et des hommes dans les institutions ¹⁴. La présente contribution étudie le dialogue qu'entretiennent les normes juridiques belges visant à garantir l'égalité de genre dans la composition des institutions avec les autres sciences humaines et les indicateurs quantitatifs comme outils privilégiés pour appréhender cette question.

D'une part, *ex ante*, ces indicateurs quantitatifs et connaissances scientifiques non-juridiques peuvent entrer en ligne de compte dans l'élaboration d'un argumentaire critiquant le droit existant afin d'adopter des normes d'égalité de genre

⁷ Voy. sur ce point S. STOFFEL, « Politisation et féminisme : agents et stratégies dans la construction d'un débat politique », in B. MARQUES-PEREIRA et P. MEIER (éd.), *Genre et politique en Belgique et en francophonie*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 49-59.

⁸ L'appellation « pouvoir juridictionnel » est préférée, dès lors que, en droit constitutionnel belge, le pouvoir judiciaire ne comprend pas des juridictions telles que le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle.

⁹ Voy. A. PHILLIPS, *The politics of presence*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 57-84.

¹⁰ Projet de loi visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1993-1994, n° 1316/1, p. 3.

¹¹ N. BOUTECA, C. DEVOS, H. REYNAERT, T. VALCKE et B. WAUTERS, « Le visage de l'État : un portrait des élus depuis 1945 », in F. BOUHON et M. REUCHAMPS (dir.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 590.

¹² S. CHILDS et J. LOVENDUSKI, « Political representation », in G. WAYLEN, K. CELIS, J. KANTOLA et S. L. WELDON (eds), *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 492.

¹³ Elles sont néanmoins susceptibles d'avoir un impact sur la représentation « qualitative » des femmes dans les institutions politiques, même si cet élément n'était pas déterminant dans le raisonnement du législateur belge lorsque les premiers dispositifs furent adoptés. Voy. S. MERCIER, « La mixité de genre au Parlement : garantie d'une démocratie représentative ? », *Droit et Société*, 2024/116, p. 22.

¹⁴ C. ISTASSE, « Les législations visant à favoriser la participation politique des femmes : évolutions et effets (1994-2022) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2022/32-33-34, pp. 5-144. Voy. plus largement D. DAHLERUP (dir.), *Women, Quotas and Politics*, Routledge, New York, 2006.

ou les renforcer. D'autre part, *ex post*, ces éléments constituent un outil d'évaluation de l'efficacité de la norme juridique, entendue comme l'adéquation de la norme par rapport à son but¹⁵. L'analyse croisée de ces deux mobilisations des connaissances scientifiques non juridiques amène à s'interroger sur la place que peuvent avoir les connaissances extra-juridiques dans la construction du droit.

3. La présente contribution revient d'abord sur les normes d'égalité de genre relatives à la composition des institutions belges (I). Dans un deuxième temps, la contribution examine comment les savoirs d'autres sciences sociales — en particulier la science politique — peuvent nourrir la réflexion juridique sur l'efficacité des normes d'égalité de genre sur la composition des institutions belges (II). Dans un troisième temps, des outils d'évaluation de ces normes d'égalité de genre sont proposés (III).

I. ÉTAT DES LIEUX DES RÈGLES JURIDIQUES

4. Les normes visant à garantir l'égalité de genre dans la composition des institutions belges sont analysées en suivant la division classique des trois pouvoirs : législatif (A), exécutif (B) et juridictionnel (C). À cela s'ajoutent les normes s'appliquant dans les institutions communales et provinciales (D).

5. Au préalable, il faut souligner que l'ensemble de ces mesures reposent sur l'article 11*bis* de la Constitution, fondement constitutionnel des mesures d'action positive¹⁶. En son premier alinéa, il dispose que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ». L'article 10, alinéa 3, prévoit par ailleurs que « l'égalité entre les femmes et les hommes est garantie »¹⁷. De son côté, la Cour constitutionnelle reconnaît le « principe fondamental »¹⁸ qu'est l'égalité des sexes.

L'insertion de l'article 11*bis* dans la Constitution est la réponse choisie par les acteurs politiques face aux critiques émanant de la section de législation du Conseil d'État, à l'encontre de la loi du 24 mai 1994 visant à promouvoir une répartition équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux

¹⁵ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 64.

¹⁶ Voy. E. CROSSET-DECHANY, « Égalité et genre en politique : L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, pp. 721-746. Sur les justifications des mesures de parité de genre, voy. B. R. RUIZ et R. RUBIO-MARÍN, « The gender of representation: On democracy, equality, and parity », *International Journal of Constitutional Law*, 2008, pp. 287-316.

¹⁷ Voy. à ce sujet S. VAN DROOGHENBROECK et I. HACHEZ, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 2002, pp. 153-182.

¹⁸ C. const., 13 mars 2014, n° 44/2014, B.4.

élections — loi dite « Smet-Tobback »¹⁹. Cette première loi imposait un quota d'un tiers de candidats de chaque sexe pour la composition d'une liste électorale, à défaut de quoi celle-ci était écartée. La section de législation avait estimé que pareille sanction était disproportionnée, car elle risquait de « supprimer le droit de se porter candidat et le droit d'être élu »²⁰ en cas de non-respect du quota. Deux options étaient suggérées par la section de législation : modifier la sanction ou « procéder à la révision de la Constitution afin d'inscrire, de manière expresse, le principe d'une représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes électorales »²¹, option qui fut retenue²².

Outre les règles imposées par voie constitutionnelle et législative, les différents partis politiques du pays ont adopté d'initiative des mesures visant à garantir l'équilibre entre les femmes et les hommes dans leurs organes, ainsi qu'à favoriser les carrières politiques des femmes de façon globale²³. S'agissant des partis politiques francophones, le Parti socialiste²⁴, le Mouvement réformateur²⁵, les Engagés²⁶, ECOLO²⁷ et le PTB²⁸ font de la parité de leurs organes décisionnels une règle ou, à tout le moins, un objectif²⁹. Cela étant, la science politique montre que les quotas ne sont pas perçus de la même façon dans tous les partis politiques³⁰.

¹⁹ Loi du 24 mai 1994 visant à promouvoir une représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections, *M.B.*, 1^{er} juillet 1994.

²⁰ C.E., 19 novembre 1993, avis n° 25.885/2.

²¹ C.E., 19 novembre 1993, avis n° 25.885/2.

²² Voy. Révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité, rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles, *Doc.*, Sén., sess. 2000-2001, n° 2-465/4, pp. 6-7.

²³ Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, *Femmes au sommet*, 2024, pp. 60-62. Voy., au niveau local, P. MEIER et D. VERLET, « La position des femmes en politique locale belge et l'impact des quotas », *Swiss Political Science Review*, 2008, pp. 715-740.

²⁴ Art. 7 des statuts du Parti socialiste, disponibles sur <https://www.ps.be/statuts> (consultés le 12 décembre 2025).

²⁵ Art. 2 des statuts du Mouvement réformateurs, disponibles sur https://www.mr.be/wp-content/uploads/2021/09/Statuts-du-MR-2021_v4-5.pdf (consultés le 12 décembre 2025).

²⁶ Art. 16 des statuts des Engagés, disponibles sur https://www.lesengages.be/wp-content/uploads/2023/05/lesengages_lesstatuts_version_amendes-par-la-convention-de-mons-du-23-avril-2023.pdf (consultés le 12 décembre 2025).

²⁷ Art. 4 des statuts d'ECOLO, disponibles sur https://ecolo.be/wp-content/uploads/2023/09/20230616_STATUTS.pdf (consultés le 12 décembre 2025).

²⁸ Art. 30.6 des statuts du PTB, disponibles sur https://www.politicalpartydb.org/wp-content/uploads/Statutes/Belgium/BELGIUM_PTB_2015.pdf (consultés le 12 décembre 2025). Si la parité n'est pas atteinte, les statuts prévoient qu'« au maximum deux tiers des membres du Conseil national peuvent être du même sexe ».

²⁹ S'agissant de DéFI, la parité n'est pas prévue par les statuts, mais plusieurs mesures sont prises pour garantir la présence des femmes dans les instances décisionnelles. Voy. les statuts de DéFI, disponibles sur <https://www.defi.be/statuts/> (consultés le 12 décembre 2025).

³⁰ Voy. A. VANDELEENE, « Gender quotas and 'women-friendly' candidate selection: Evidence from Belgium », *Representation*, 2014, pp. 337-349. Voy. aussi A. VANDELEENE, S. ERZEEL et P. MEIER, « 25 Years of Gender Quotas, Still a Man's World? Implementation in the Belgian Case », in S. LANG, P. MEIER et B. SAUER (eds), *Party Politics and the Implementation of Gender Quotas. Gender and Politics*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 173-188.

A. Au sein du pouvoir législatif

6. En ce qui concerne la composition des assemblées législatives, l'essentiel des quotas en droit belge appartient à la catégorie des « quotas législatifs », c'est-à-dire qu'ils résultent de la loi et imposent de placer des femmes sur les listes électorales. En Belgique, ces quotas sont d'application tant au niveau des assemblées fédérales que fédérées. Dans d'autres systèmes, des sièges peuvent être réservés aux femmes au sein des assemblées. Néanmoins, ce type de système « revient inmanquablement à créer d'une part, une obligation d'élire dans le chef de l'électeur, d'autre part un droit à être élu(e) dans le chef du (de la) candidat(e) »³¹. Les partis peuvent également veiller à placer une certaine proportion de femmes parmi leurs candidats, en l'absence de tout quota légal³².

7. *Au niveau fédéral*, l'article 67 de la Constitution dispose que « le Sénat ne compte pas plus de deux tiers de sénateurs du même genre ». Outre l'ambiguïté qu'entretiennent les versions française et néerlandaise de la Constitution — l'une visant le genre, l'autre le sexe³³ —, cette mesure n'est assortie d'aucune sanction³⁴. Les modalités concrètes de mise en œuvre de la mesure ne sont au demeurant pas détaillées dans le Code électoral, qui prévoit pourtant un mécanisme complexe de désignation des sénateurs³⁵. À ce titre, le manque de mesures veillant à la mise en œuvre de l'article 67 pourrait témoigner d'un aveu implicite du Constituant et du législateur de l'importance de la parité en Belgique. Les parlements des entités fédérées n'ont pas de réelle autonomie pour désigner leurs sénateurs, le choix étant en réalité effectué par chaque parti politique.

S'agissant des élections pour la Chambre des représentants, l'article 117*bis* du Code électoral prévoit que « sur chacune des listes, ni l'écart entre le nombre de candidats titulaires de chaque sexe, ni celui entre le nombre de candidats suppléants de chaque sexe ne peuvent être supérieurs à un. De même, l'écart entre l'ensemble des candidats de chaque sexe présents sur une même liste ne peut être supérieur à un. Ni les deux premiers candidats titulaires, ni les deux

³¹ A.-E. BOURGAUX, « L'ambivalence du débat paritaire ou "La nation a-t-elle deux sexes ?" », *Les élections dans tous leurs états*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 380.

³² M. L. KROOK, J. LOVENDUSKI et J. SQUIRES, « Gender Quotas and Models of Political Citizenship », *British Journal of Political Science*, 2009, p. 783. Pour un aperçu en Europe, voy. R. SÉNAC-SLAWINSKI, « Des quotas légaux et partisans à la parité : panorama des stratégies en Europe », *Informations sociales*, n° 151, 2009, pp. 30-39.

³³ Pour une explication synthétique de cette distinction, voy. E. CROSSET-DECHANY, « Deux c'est bien, trois c'est trop : la reconnaissance d'une troisième catégorie de "sexe neutre" laissée à la discrétion des États », *J.L.M.B.*, 2023, p. 1057.

³⁴ S. WATTIER, « Le genre et le sexe des sénateurs depuis la Sixième Réforme de l'État », *C.D.P.K.*, 2017, p. 397.

³⁵ Code électoral, art. 210*bis* à 222.

premiers candidats suppléants de chacune des listes ne peuvent être du même sexe »³⁶. En d'autres termes, en cas de liste composée d'un nombre pair de candidats, il doit y avoir autant d'hommes que de femmes. Cette règle est le fruit de la loi du 13 décembre 2002, adoptée dans la foulée de l'insertion de l'article 11*bis* dans la Constitution. Selon les travaux préparatoires, l'objectif du législateur est à l'époque de ne plus se limiter au quota d'un tiers mis en place par la loi Smet-Tobback, mais de « vaincre les barrières sociologiques par un droit effectif à la parité »³⁷.

Le Code électoral n'impose pas une alternance exacte entre les hommes et les femmes sur les listes électorales, mais seulement pour les deux premiers candidats. Cette mesure n'est pas anodine, dès lors que, plus un candidat est haut placé sur la liste électorale, plus ses chances de bénéficier de l'effet dévolutif du vote en case de tête sont importantes³⁸. Ce faisant, le droit belge ne va pas jusqu'au bout de la logique paritaire et « le risque existe que la liste soit confectionnée en reléguant les femmes dans les dernières places »³⁹. Soulignons néanmoins que l'accord du gouvernement fédéral dit « Arizona » annonce la suppression de l'effet dévolutif de la case de tête pour les prochaines élections fédérales⁴⁰.

8. *Au niveau des entités fédérées*, des règles identiques ont été prévues par le législateur (spécial)⁴¹. Elles s'appliquent pour le Parlement flamand et pour le Parlement de la Communauté germanophone. Toutefois, plusieurs entités fédérées ont ensuite fait usage de leur autonomie constitutive et prévu des règles plus exigeantes en consacrant la règle dite de la « tirette ». En Région wallonne, en vertu d'un décret spécial du 11 mai 2018, la loi spéciale dispose que, « sur chacune des listes, tout candidat doit être de sexe différent par rapport au candidat qu'il

³⁶ Pour les élections du Parlement européen, l'article 2 de la loi du 17 juin 2002 prévoit des règles similaires.

³⁷ Projet de loi assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone, rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives, *Doc.*, Sén., sess. 2001-2002, n° 1023/3, p. 2.

³⁸ De façon synthétique, rappelons que l'électeur a la possibilité de voter soit en « case de tête », soit d'émettre un vote de préférence pour un ou plusieurs candidats. Avant de répartir les sièges obtenus par le parti entre les différents candidats de la liste, les votes exprimés en « case de tête » sont attribués aux candidats, dans l'ordre de la liste selon la formule prévue par l'article 172 du Code électoral. Un candidat ou une candidate en haut de la liste a donc davantage de chances de recevoir des voix de la sorte et, *in fine*, d'être élu.

³⁹ M. VERDUSSEN, « La place du genre dans la Constitution belge », in N. DANDROY, J. SOSSON, F. TAINMONT et G. WILLEMS (coord.), *Individu, famille, état : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine — Hommage au professeur Jean-Louis Renchon*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 251.

⁴⁰ Accord de coalition fédérale 2025-2029, https://www.belgium.be/sites/default/files/resources/publication/files/Accord_gouvernemental-Bart_De_Wever_fr.pdf (consulté le 12 décembre 2025), p. 6.

⁴¹ Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 28, al. 5 et 6. Loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Parlement de la Communauté germanophone, art. 22*bis*.

suit dans l'ordre de la liste, excepté à la dernière place de la liste dans le cas de listes qui, au moment de leur arrêt définitif, comprennent un nombre impair de candidats ».

Comme le souligne Anne-Emmanuelle Bourgaux, l'adoption du décret spécial visait à compenser les effets potentiellement délétères pour la représentation des femmes de la suppression de l'effet dévolutif du vote en case de tête, alors envisagée par le législateur wallon — même si cette suppression s'est finalement pas concrétisée⁴². À l'instar du niveau fédéral, l'effet dévolutif de la case de tête est désormais réduit de moitié pour les élections régionales et communautaires. Comme on le verra par la suite, certaines modalités du système électoral sont en effet susceptibles d'avoir un impact sur la représentation des femmes dans les assemblées législatives.

Pour le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, l'article 16*bis* de la loi spéciale du 12 janvier 1989, tel que modifié par l'ordonnance spéciale du 17 décembre 2020, dispose qu'« à peine de nullité, sur chacune des listes, chaque candidat ou candidate doit être de sexe différent par rapport au candidat ou à la candidate qui le ou la précède dans l'ordre de la liste. Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le candidat ou la candidate occupant la troisième place peut être du même sexe que le candidat ou la candidate occupant la deuxième place ». Contrairement à la Région wallonne, la dérogation à l'alternance stricte entre les sexes concerne donc la troisième place.

Enfin, soulignons qu'aucune règle en matière de genre ou de sexe n'est prévue s'agissant de désignation des 19 élus du groupe linguistique français du Parlement bruxellois qui siègent au sein du Parlement de la Communauté française.

B. Au sein du pouvoir exécutif

9. Alors qu'une logique paritaire est à l'œuvre au sein du pouvoir législatif, tel n'est pas le cas dans les gouvernements. S'agissant du *pouvoir exécutif fédéral*, exercé par le Roi et le Gouvernement fédéral, l'article 11*bis*, alinéa 2, de la Constitution, prévoit que « le Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent ». Aucune autre règle n'est fixée au niveau fédéral, de sorte que la présence d'une seule femme — ou d'un seul homme — suffit à ce que l'exigence de mixité — et non de parité⁴³ — soit respectée. Dès la fin des années 1990, des propositions avaient cependant été formulées pour rendre le Conseil des ministres et les secrétaires

⁴² A.-E. BOURGAUX, « La parité en politique, phénix de la démocratie belge », *Code commenté — Droits des femmes*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 275.

⁴³ D. BERNARD, M.-S. DEVRESSE et O. NEDERLANDT, « Mixité de genre en institutions : une contrainte, un choix, une opportunité ? », *Droit et Société*, 2024/1, p. 12.

d'État paritaires selon le sexe⁴⁴. À ce jour, la seule composition paritaire d'un gouvernement fédéral concerne le gouvernement d'Alexander De Croo, formé en 2020, tandis que l'ensemble des gouvernements précédents étaient composés d'une majorité d'hommes⁴⁵, ce qui est encore le cas du gouvernement fédéral actuel. Ici également, force est de constater qu'aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de cette disposition constitutionnelle⁴⁶.

10. *Dans les entités fédérées*, la législation met en œuvre l'exigence formulée à l'article 11bis de la Constitution. Ainsi, pour l'élection des membres des gouvernements régionaux et communautaires, l'article 60, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 dispose que « la liste [des candidats au gouvernement] compte des personnes de sexe différent ». Dans l'hypothèse où il serait procédé à une élection séparée des membres du gouvernement de l'entité fédérée ou si une modification de la composition intervient par la suite, l'article 64 de la loi spéciale du 8 août 1980 prévoit que l'élection du dernier membre est réservée aux candidats du sexe non représenté au gouvernement si les membres déjà désignés sont tous du même sexe⁴⁷. Ces règles ne s'appliquent toutefois que pour les gouvernements flamand et germanophone.

En effet, en Région wallonne et en Communauté française, le législateur a fait usage de son autonomie constitutive pour préciser l'équilibre exigé au sein des exécutifs. Il est ainsi prévu que « la liste [des candidats au gouvernement] présente un tiers minimum de membres du même sexe. Tout nombre décimal est porté à l'unité supérieure lorsque la décimale est supérieure à 5, tout nombre décimal est porté à l'unité inférieure lorsque la décimale est égale ou inférieure à 5 ». Comme on le verra par la suite, cette règle d'arrondi implique que la proportion réelle de personnes appartenant au sexe le moins représenté au sein du Gouvernement peut être sensiblement éloignée du seuil d'un tiers. En outre, la loi spéciale dispose que « si le Gouvernement wallon est constitué ou modifié conformément à l'article 60, § 3, le scrutin pour la désignation du ou des derniers membres est limité aux candidats appartenant à l'un ou l'autre sexe si cela est nécessaire pour assurer la présence d'au moins un tiers de femmes et un tiers d'hommes en son sein ». Il en va de même en Communauté française.

À Bruxelles, l'article 35, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 contient une règle identique à celle formulée à l'article 60 de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁴⁴ B. MARQUES-PEREIRA et C. GIGANTE, « La représentation politique des femmes : des quotas à la parité ? », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1723, 2001, p. 12.

⁴⁵ S. WATTIER, « L'égalité de genre au sein des parlements et des gouvernements », *La revue générale*, 2022/1, p. 134.

⁴⁶ S. WATTIER, « Les « quotas de genre » au sein des institutions publiques belges à l'épreuve de la non-binarité », *PubliAdmin*, à paraître.

⁴⁷ De manière similaire, en Communauté germanophone, « le scrutin pour la désignation du dernier membre est limité aux candidats appartenant à l'autre sexe » (loi du 31 décembre 1983, art. 49, al. 3).

En outre, s'agissant des secrétaires d'État régionaux, l'article 41 de la loi spéciale dispose que « lorsque le Gouvernement ne compte pas de personnes de sexe différent appartenant à un même groupe linguistique, il présente un candidat au moins de l'autre sexe appartenant à ce groupe linguistique ». Lors de l'installation du Gouvernement bruxellois issu des élections du 9 juin 2024, une ordonnance spéciale adoptée en 2022 est entrée en vigueur. Selon la nouvelle formulation de l'article 41, il faut que « la proposition des secrétaires d'État régionaux présentée par le Gouvernement [soit] constituée de telle sorte que, par groupe linguistique, l'ensemble des ministres et secrétaires d'État régionaux compte au maximum deux tiers de personnes appartenant au même sexe »⁴⁸.

C. Au sein du pouvoir judiciaire

11. À la différence des assemblées législatives et des gouvernements, les hautes juridictions belges échappent en partie aux normes d'égalité de genre. Seule la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispose que la Cour est composée de maximum deux tiers de juges du même sexe⁴⁹. Par ailleurs, tant les juges nommés en raison de leur expérience de juristes que d'anciens parlementaires doivent compter des personnes de sexe différent.

Soulignons que plusieurs propositions de réformes ont été émises, en vue d'imposer la parité au sein de la Cour constitutionnelle⁵⁰ ou de faire en sorte que tant les juges francophones que néerlandophones comptent un tiers de juges de chaque sexe⁵¹. Ces propositions ont été critiquées par la section de législation du Conseil d'État, qui souligne qu'un tel système amène parfois à nommer nécessairement un juge d'un sexe déterminé, ce qui ne garantit pas une appréciation objective de toutes les candidatures. Par ailleurs, le critère de l'inégalité manifeste requis pour justifier une mesure d'action positive ne semble pas vérifié, dès lors que la Cour constitutionnelle comptait cinq juges de sexe féminin au moment de l'introduction de ces propositions⁵². Dès lors, la section de législation du Conseil d'État estime que la seule piste de justification serait de considérer « que la Cour

⁴⁸ Il faut noter que cette ordonnance a été adoptée alors que la section de législation du Conseil d'État estime que le législateur bruxellois ne dispose pas de l'autonomie constitutive en cette matière. Voy. J. PIERET et J. SAUTOIS, « 40 ans de féminisation de la démocratie belge : la prise en compte du genre dans la régulation de la représentation et de la participation politiques », *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, vol. n° 7, avril 2023 p. 19.

⁴⁹ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 34, § 5.

⁵⁰ Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en vue de dépolitiser et d'assurer l'égalité de genre dans sa composition, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-949/1.

⁵¹ Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la composition de la Cour et les conditions à remplir pour pouvoir être nommé juge, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2022-2023, n° 55-3292/1.

⁵² C.E., 14 novembre 2022, avis n° 71.827/3 ; C.E., 20 novembre 2023, avis n° 74.041/3.

constitutionnelle doit être un reflet de la société dont elle apprécie les lois, décrets et ordonnances à ce point fidèle qu'elle doit compter dans chaque groupe linguistique, au moins, un tiers de juges de chaque sexe »⁵³. Aux yeux de la section de législation, ce choix devrait alors être opéré par voie constitutionnelle et non par voie législative.

Aucun article du Code judiciaire ni aucune disposition des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne formulent de conditions s'agissant de la présence de femmes au sein de la Cour de cassation ou du Conseil d'État⁵⁴.

Même s'il ne s'agit pas d'une institution juridictionnelle, le Conseil supérieur de la justice est régi par certaines normes d'égalité de genre. Se pencher sur cette institution se justifie par le rôle important qu'elle exerce, notamment s'agissant de la nomination des magistrats et du contrôle du fonctionnement du pouvoir judiciaire. Conformément à l'article 259*bis* du Code judiciaire, le Conseil supérieur de la justice compte 44 membres, dont 22 néerlandophones et 22 francophones, chaque fois répartis entre 11 magistrats et 11 non-magistrats. Le § 3 de ce même article prévoit que « le groupe des non-magistrats compte, par collège au moins quatre membres de chaque sexe », ce qui représente une proportion de plus d'un tiers. Quant aux membres magistrats du Conseil supérieur de la justice, l'article 259*bis*-2 prévoit une procédure d'élection originale, en ce que « sous peine de nullité du bulletin de vote, chaque électeur doit émettre trois suffrages dont, au moins, un pour un candidat du siège, un pour un candidat du ministère public et un pour un candidat de chaque sexe ».

D. Dans les pouvoirs locaux

12. Par souci de concision, le choix est fait de se pencher uniquement sur les conseils et collèges communaux. Du reste, la déclaration de politique régionale wallonne prévoit la suppression des provinces à l'horizon 2030⁵⁵.

S'agissant des élections communales, la Région wallonne a consacré le principe de la tirette, comme aux élections régionales. L'article L4142-7 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit que « sur chacune des listes, tout candidat doit être de sexe différent par rapport au candidat qu'il suit dans l'ordre de la liste, excepté à la dernière place de la liste dans le cas de listes qui, au moment de leur arrêt définitif, comprennent un nombre impair de candidats ». Il en va de même sur le territoire de la Région de

⁵³ C.E., 14 novembre 2022, avis n° 71.827/3 ; C.E., 20 novembre 2023, avis n° 74.041/3.

⁵⁴ E. SCHANDEVYL, A. WOODWARD, E. VALGAEREN et M. DE METSENAERE, « Genderquota in de wetenschap, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht in België », *Res Publica*, 2013, p. 368.

⁵⁵ *Déclaration de politique régionale wallonne*, <https://www.wallonie.be/sites/default/files/2024-07/DPR2024-2029.pdf>, p. 95.

Bruxelles-Capitale⁵⁶. En revanche, la Région flamande⁵⁷ et la Communauté germanophone⁵⁸ requièrent la parité mais se limitent à exiger l’alternance de sexe entre les deux premières positions.

Quant à la composition des collèges communaux, les règles varient également selon les régions. Si la Communauté germanophone et la Région flamande imposent aux collèges communaux de compter des personnes de chaque sexe⁵⁹, la Région wallonne pousse l’exigence à un seuil d’un tiers⁶⁰. À Bruxelles, la parité est requise, mais des exceptions sont prévues⁶¹. Ces dérogations, passablement complexes, « remettent sérieusement en doute l’effectivité d’une mesure qui avait pourtant pour objectif d’améliorer la représentativité des femmes au sein des collèges des Bourgmestre et échevins bruxellois »⁶².

II. ÉLABORER DES NORMES EFFICACES À LA LUMIÈRE DE LA SCIENCE POLITIQUE

13. L’élaboration de normes d’égalité de genre efficaces peut être nourrie par les apports de la science politique. Ces connaissances extra-juridiques sont notamment utiles à l’analyse juridique dans deux domaines : le système électoral (A) et les quotas (B).

A. L’impact du système électoral sur la place des femmes

14. *Premièrement*, il semble que le système proportionnel favorise la représentation des femmes au parlement⁶³. Ainsi, « *because of the strictly zero sum nature of nominating decisions in single-member districts, female candidates must*

⁵⁶ Art. 33, § 9, de l’ordonnance bruxelloise du 20 juillet 2023 portant le Nouveau Code électoral bruxellois.

⁵⁷ Art. 74 du décret flamand du 8 juillet 2001 portant organisation des élections locales et provinciales.

⁵⁸ Art. L4142-7 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, tel que modifié par le décret de la Communauté germanophone du 21 novembre 2016.

⁵⁹ Art. 44 du décret communal du 23 avril 2018 de la Communauté germanophone ; art. 44 du décret communal flamand du 15 juillet 2005.

⁶⁰ Art. L1123-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d’hommes.

⁶¹ Ordonnance du 1^{er} mars 2018 modifiant la Nouvelle loi communale afin d’assurer une présence équilibrée de femmes et d’hommes au sein des collèges communaux.

⁶² C. NENEN, « L’article 11bis de la Constitution ou la traduction d’une préférence abstraite du Constituant en faveur de l’égalité entre les hommes et les femmes », *A.P.T.*, 2018, p. 424.

⁶³ Voy. W. RULE, « Electoral Systems, Contextual Factors and Women’s Opportunity for Election to Parliament in Twenty-Three Democracies », *The Western Political Quarterly*, 1987, pp. 477-498.

compete directly against men; and often when nominating a woman a party must explicitly deny the aspirations of a man in the same district »⁶⁴. Néanmoins, cela n'est pas vrai partout et les quotas ont pu avoir des effets marqués dans certains systèmes majoritaires à un tour⁶⁵. Il a pu arriver que certaines personnalités politiques plaident pour un passage à un système majoritaire en Belgique. Si de telles propositions visent généralement à répondre au problème de fragmentation de la représentation politique⁶⁶, leur impact potentiel sur la présence des femmes ne doit pas être négligé.

Deuxièmement, dans un système proportionnel, le nombre de sièges à pourvoir dans une circonscription électorale est susceptible d'avoir un impact. Lorsqu'une circonscription compte peu de sièges, bon nombre de partis ne peuvent espérer décrocher plus d'un siège⁶⁷. En réalité, placer un homme ou une femme en tête de liste revient souvent à choisir le sexe de la personne qui sera élue. Dès lors, plus une circonscription compte de sièges, plus les chances des femmes d'en décrocher sont élevées, même si cet effet est décroissant⁶⁸. Ainsi, Petra Meier souligne que des évolutions institutionnelles intervenues en parallèle de l'adoption des quotas de genre ont favorisé la présence des femmes dans les assemblées en Belgique, en particulier l'augmentation de la taille des circonscriptions électorales⁶⁹. C'est aussi une des raisons pour lesquelles la progression du nombre de femmes présentes au Parlement wallon a été plus lente qu'au Parlement flamand ou qu'à la Chambre des représentants⁷⁰.

Troisièmement, l'effet dévolutif de la case de tête a attiré une attention particulière en Belgique, comme évoqué précédemment. Des analyses menées en prenant les données des élections communales de 2018 montrent que la suppression de l'effet dévolutif de la case de tête n'a eu en réalité qu'un effet très marginal

⁶⁴ R. MATLAND, « Enhancing Women's Political Participation: Legislative Recruitment and Electoral Systems », *Women in Parliament*, Stockholm, International IDEA, 2002, disponible en ligne.

⁶⁵ M. KROOK, *Quotas for Women in Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 41.

⁶⁶ Voy. sur ce point R. MERTENS, « Seuils électoraux et taille des circonscriptions : des causes d'inégalité et de fragmentation politique », *A.P.*, 2022, pp. 178-193.

⁶⁷ F. BOUHON, J. DODEIGNE et A. VANDELEENE, « La confection des listes de candidates et candidats : règles juridiques et pratiques politiques », in F. BOUHON et M. REUCHAMPS (dir.), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 226.

⁶⁸ M. L. KROOK et L. SCHWINDT-BAYER, « Electoral institutions », in G. WAYLEN, K. CELIS, J. KANTOLA et S. L. WELDON, *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 562.

⁶⁹ P. MEIER, « Paradoxes in the Meaning of Quotas in Belgium », in S. FRANCESCHET, M. L. KROOK et J. PISCOPO (ed.), *The impact of gender quotas*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 159.

⁷⁰ R. DEVROE, S. ERZEEL, P. MEIER et B. WAUTERS, « The long-term effects of gender quotas in Belgium. Leading by example? », in D. CALUWAERTS et M. REUCHAMPS (dir.), *Belgian Exceptionalism*, Oxon, Routledge, 2021, p. 32.

sur le nombre de femmes élues ⁷¹. Cet impact particulièrement limité s'explique notamment par le fait que l'effet dévolutif de la case de tête est réduit de moitié et il permet rarement de bénéficier à plus que les deux premiers candidats de la liste — qui doivent être de sexe différent dans toutes les élections du pays.

Ces savoirs extra-juridiques permettent ainsi d'appréhender l'effet de potentielles réformes électorales. Par exemple, un alignement des circonscriptions électorales régionales wallonnes sur les circonscriptions fédérales, parfois envisagé ⁷², pourrait avoir un effet positif sur la représentation des femmes au parlement. Il en va de même de la fusion des communes, qui se traduit par des conseils communaux comprenant plus de personnes ⁷³ et, donc, par une potentielle augmentation du nombre de femmes. Quant à la suppression de la case de tête, son impact sur la représentation des femmes semble très limité et peut être neutralisé par des mesures visant à s'assurer d'un placement équilibré des femmes et des hommes sur les listes électorales.

B. L'analyse de l'effet des quotas

15. Il n'est pas évident d'étudier l'impact des quotas sur la présence des femmes dans les institutions, notamment parce que leur présence tend à progresser de façon incrémentale au cours des dernières décennies, même en l'absence de tels quotas ⁷⁴. Pourtant, cette analyse est d'autant plus nécessaire que le législateur se réfère à l'effet — ou au manque d'effet — des mesures existantes pour justifier l'adoption ou non de mesures complémentaires. Ainsi, dans la proposition de décret relative à la présence des femmes dans les collèges communaux et provinciaux, il est indiqué que « c'est en effet grâce à des lois contraignantes que les changements ont été, en Belgique, les plus spectaculaires » ⁷⁵.

Pourtant, paradoxalement, certaines recherches montrent qu'« une loi imposant des quotas sur le nombre de femmes candidates aux élections nationales

⁷¹ C. ISTASSE et D. VAN DEN ABBEEL, « Les facteurs déterminant la proportion de femmes parmi les élus. L'exemple du scrutin local du 14 octobre 2018 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2019/5, pp. 22-24. Voy. aussi s'agissant des élections communales de 2018 : J.-B. PILET, M. JIMENA SANHUEZA, D. TALUKDER et J. DODEIGNE, « La représentation politique des femmes au niveau communal en Wallonie après les élections de 2018 », in J. DODEIGNE, C. CLOSE, V. JACQUET, G. MATAGNE (dir.), *Les élections locales du 14 octobre 2018 en Wallonie et à Bruxelles : une offre politique renouvelée ?*, Genval, Vanden Broele, 2020, pp. 196-198.

⁷² Voy. F. BOUHON, « L'arrêt de mort des (trop) petites circonscriptions électorales wallonnes », *J.T.*, 2016, pp. 89-93.

⁷³ Voy. art. L1122-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁷⁴ M. HUGHES, P. PAXTON et M. L. KROOK, « Gender Quotas for Legislatures and Corporate Boards », *Annual Review of Sociology*, 2017, pp. 331-352.

⁷⁵ Proposition de décret portant modification du Code de la démocratie locale et de la décentralisation afin de garantir une présence équilibrée de femmes et d'hommes au sein des collèges communaux et provinciaux de Wallonie, *Doc.*, Parl. w., S.E. 2014, 22, n° 1, p. 2.

a d'autant plus de chance d'être adoptée par un parlement qu'elle n'aura pas d'effet sur la réélection des élus sortants, et donc qu'elle n'augmentera pas, ou peu, le nombre de femmes élues »⁷⁶.

Les recherches ont également pu montrer que l'efficacité des quotas en matière législative augmente avec le temps qui passe — à tout le moins jusqu'à un certain seuil. Cette efficacité peut s'expliquer par le fait que « *party elites may be increasingly accepting gender activist arguments that having a high percentage of women in politics is normatively appropriate* »⁷⁷. En Belgique, les quotas de genre prévus par la loi ont fortement évolué sur une période d'environ vingt-cinq ans, ce qui rend dès lors complexe l'évaluation de leur effet. C'est d'autant plus le cas que d'autres modifications législatives sont intervenues entre-temps, comme l'agrandissement des circonscriptions (*cf. ci-dessus*).

En définitive, comme le souligne Cédric Istasse, « il est impossible de distinguer, au sein des statistiques relatives à la répartition genrée des mandataires politiques, les évolutions résultant strictement de la législation et celles imputables plus largement à un changement des mentalités au sein de la société »⁷⁸. En ce sens, aucune norme ne contraignait le Gouvernement d'Alexander De Croo à être paritaire ; à l'inverse, si une telle norme avait existé, la composition du Gouvernement De Wever serait très probablement différente.

16. Outre l'impact sur la représentation « descriptive » des femmes dans les institutions, des études de plus en plus nombreuses analysent la représentation des femmes sous un angle « substantiel »⁷⁹. Ainsi, « *claims that politics will change as a result of women's inclusion may contribute to a "mandate effect," leading citizens, as well as legislators, to anticipate that the women elected through quotas will promote women's concerns* »⁸⁰.

De manière générale, on observe que l'élection de femmes grâce aux quotas se traduit par des politiques en leur faveur, que ce soit parce qu'elles reflètent

⁷⁶ F. MANIQUET, « 50 % de femmes élues aux communales : faut-il s'y attendre ? Faut-il l'espérer ? », *Regards économiques*, 2006/44, p. 3.

⁷⁷ P. PAXTON et M. HUGHES, « The Increasing Effectiveness of National Gender Quotas, 1990-2010 », *Legislative Studies Quarterly*, 2015, p. 354.

⁷⁸ C. ISTASSE, « Engagement et participation politique des femmes : évolution et effets des règles électorales », *Les @nalyseS du CRISP en ligne*, 11 septembre 2018, www.crisp.be.

⁷⁹ S. CHILDS et J. LOVENDUSKI, « Political representation », in G. WAYLEN, K. CELIS, J. KANTOLA et S. L. WELDON, *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 492. Voy. aussi S. FRANCESCHET et M. L. KROOK, *Measuring the Impact of Quotas on Women's Substantive Representation : Towards a Conceptual Framework*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Boston, 2008.

⁸⁰ M. L. KROOK et L. SCHWINDT-BAYER, « Electoral institutions », in G. WAYLEN, K. CELIS, J. KANTOLA et S. L. WELDON, *The Oxford Handbook of Gender and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 565.

d'avantage leurs priorités ou protègent leurs droits⁸¹. Par exemple, des études transnationales ont montré que l'adoption de quotas induit une augmentation des dépenses de sécurité sociale et de santé⁸². On peut se demander si cet effet n'est pas accentué par le fait que les femmes se retrouvent souvent à assumer des responsabilités politiques dans les domaines liés au *care*, tandis que le régalién demeure l'apanage des hommes.

Au-delà de l'impact sur l'action du parlement, les quotas peuvent changer le visage des personnes qui siègent dans les institutions dans leur ensemble. Pour ne prendre qu'un exemple, il a été montré que l'introduction de quotas sur les listes électorales avait pour effet d'augmenter le nombre de femmes élues, particulièrement au détriment d'hommes ayant un faible niveau d'éducation⁸³. L'étude en question concerne l'Italie et des résultats différents pourraient être observés dans d'autres pays⁸⁴. Néanmoins, ils permettent de soulever la question de l'articulation des quotas de genre avec l'enjeu de la représentation d'autres catégories de la population sous-représentées. Sur ce point, d'autres recherches confirment que les quotas permettent d'avoir des élus plus diversifiés, mais « *these new members are just different kinds of elite* »⁸⁵.

Ainsi, si la science politique met en évidence certains effets des quotas, ceux-ci ne sont pas toujours précisément mesurables. C'est pourquoi leur adoption et leur évolution ne doivent pas être liées uniquement à un déficit de représentation qu'il faudrait corriger, mais plus fondamentalement à une conception de la démocratie⁸⁶. En ce sens, nous rejoignons Célia Nennen, qui souligne que l'article 11*bis* de la Constitution reflète la « préférence abstraite »⁸⁷ du Constituant belge pour la parité entre les femmes et les hommes. Par ailleurs, les mesures visant à atteindre la parité entre les femmes et les hommes sont complémentaires avec celles visant à rendre les institutions plus inclusives, à l'égard de toutes les catégories de personnes sous-représentées.

⁸¹ A. CLAYTON, « How Do Electoral Gender Quotas Affect Policy? », *Annual Review of Political Science*, 2021, p. 244. Voy. le cas de l'Inde et du Pakistan dans V. DUOTYA, « Féminisation des parlements, quotas et transformation de la représentation en Inde et au Pakistan », *Critique internationale*, 2012, pp. 137-158.

⁸² L.-J. CHEN, « Do Gender Quotas Influence Women's Representation and Policies? », *The European Journal of Comparative Economics*, 2010, pp. 13-60.

⁸³ A. BALTRUNAITE, P. BELLO, A. CASARICO et P. PROFETA, « Gender quotas and the quality of politicians », *Journal of Public Economics*, 2014, nr. 118, pp. 62-74.

⁸⁴ Cela ne semble notamment pas forcément être le cas en Belgique. Voy. R. DEVROE, S. ERZEEL, P. MEIER et B. WAUTERS, « The long-term effects of gender quotas in Belgium. Leading by example? », in D. CALUWAERTS et M. REUCHAMPS (dir.), *Belgian Exceptionalism*, Oxon, Routledge, 2021, p. 38.

⁸⁵ T. BARNES et M. HOMAN, « Gender Quotas, Women's Representation, and Legislative Diversity », *The Journal of Politics*, 2020, p. 1284.

⁸⁶ Voy. sur ce sujet, P. POPELIER, « Electorale genderquota : een grondwettelijk perspectief », in E. BREMS (dir.), *Recht en gender in België – 10 jaar later*, Bruges, die Keure, 2021, pp. 409-431.

⁸⁷ C. NENNEN, « L'article 11*bis* de la Constitution ou la traduction d'une préférence abstraite du Constituant en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes », *A.P.T.*, 2018, pp. 426-429.

III. COMMENT MESURER ET ÉVALUER L'ÉGALITÉ DE GENRE ?

17. Les normes évoquées ci-dessus, en particulier la mesure de leur efficacité, reposent sur des indicateurs quantitatifs — nombres, fractions, pourcentages (A). Ces derniers n'existent cependant pas par eux-mêmes. Se pose dès lors la question de savoir comment le droit mesure cette réalité et les faiblesses de son approche (B).

A. Une mesure de l'efficacité des normes d'égalité de genre

18. L'examen de l'efficacité des normes d'égalité de genre — sur le plan descriptif⁸⁸ — peut s'opérer au prisme d'une double distinction. Dans un premier temps, on peut distinguer les mesures d'égalité de genre selon qu'elles s'accompagnent d'une sanction forte ou faible en cas de non-respect. En effet, la science politique souligne que certaines sanctions, telles que l'écartement d'une liste électorale qui ne respecte pas les quotas, offrent une garantie bien plus forte de respect de la norme que d'autres dispositifs, comme des sanctions financières⁸⁹. Dès lors, la présence d'une sanction forte permet aux quotas d'avoir plus d'impact et, ainsi, d'augmenter le nombre de femmes dans les institutions⁹⁰. À l'inverse, l'exigence de mixité au sein du Conseil des ministres n'est assortie d'aucune sanction. Paradoxalement, le risque de violation d'une telle mesure est sans doute limité, dès lors qu'il est très facile de la respecter.

19. Dans un deuxième temps, il est possible d'affiner l'analyse et de distinguer trois grands niveaux d'exigences d'égalité de genre au sein du droit public belge s'agissant de la composition des institutions.

Premièrement, les normes les plus exigeantes imposent une parité, c'est-à-dire autant de femmes que d'hommes — sauf quand le nombre de personnes concernées est impair. Ainsi, on observe que la (quasi-)parité est désormais exigée s'agissant de la composition des listes électorales, que ce soit au niveau fédéral, fédéré ou local. Néanmoins, les modalités sont importantes. Par exemple, en matière électorale, la science politique montre que les règles relatives au placement des candidates et candidats sur les listes ont plus d'impact que la seule exigence d'avoir autant de femmes que d'hommes sur les listes⁹¹.

⁸⁸ Rappelons en effet qu'une meilleure représentation numérique des femmes contribue à améliorer l'égalité matérielle, mais elle ne suffit pas pour atteindre cet objectif.

⁸⁹ M. KROOK, *Quotas for Women in Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 198.

⁹⁰ L. SCHWINDT-BAYER, « Making Quotas Work: The Effect of Gender Quota Laws On the Election of Women », *Legislative Studies Quarterly*, 2009/1, p. 21.

⁹¹ Voy. M. MATEO DIAZ, « Les quotas sont-ils utiles ? L'efficacité imparfaite des mesures de discrimination positive dans les lois électorales belges », *Revue française de science politique*, 2003/5, pp. 791-815.

Ces mesures à haut degré d'exigence de parité sont d'autant plus importantes que des analyses montrent que, lorsqu'ils en ont la possibilité, les partis politiques privilégient la visibilité des candidats de sexe masculin sur les listes électorales ⁹². Soulignons également que ces normes paritaires devront s'accommoder des révisions législatives qui suivront l'arrêt n° 99/2019 de la Cour constitutionnelle, qui a condamné l'approche binaire du sexe retenue par le législateur ⁹³.

Deuxièmement, d'autres normes requièrent un tiers minimum de personnes du même sexe ou, à l'inverse, maximum deux tiers de personnes du même sexe. Ainsi, pour la composition de la Cour constitutionnelle, le seuil de maximum deux tiers de personnes d'un même sexe est prévu. Il faut par ailleurs souligner que le seuil d'un tiers peut s'interpréter de plusieurs façons. Ainsi, si le seuil d'un tiers est uniquement arrondi à l'unité supérieure lorsque le chiffre après la virgule dépasse 5, l'exigence est moins sévère que si la règle demande, en toute hypothèse, au moins un tiers de personnes du même sexe. En effet, une telle formule implique d'arrondir d'office au nombre supérieur. Pour prendre un exemple, un collège communal composé de sept membres devra compter au moins deux personnes du même sexe selon le premier mode de calcul, contre trois selon le second ⁹⁴.

Troisièmement, certaines normes se limitent à exiger une mixité, la présence d'une seule femme — ou d'un seul homme — étant suffisante. Parmi les institutions que nous avons étudiées, le Conseil des ministres se voit appliquer une exigence de mixité.

On peut se demander si « cette progression dans la contrainte recouvre en réalité les hiérarchies implicites du champ politique » ⁹⁵. En effet, la parité est imposée pour la confection des listes électorales, mais pas pour les exécutifs, qui sont vus comme le véritable siège du pouvoir. De la même façon, le fait que le Conseil des ministres soit soumis à des règles particulièrement peu contraignantes révèle peut-être que, malgré la fédéralisation du pays, l'inconscient collectif situe toujours le siège principal du pouvoir politique dans le gouvernement fédéral.

20. En combinant ces deux critères — sévérité de la sanction et « degré d'égalité » requis —, il est possible d'établir le schéma ci-après. Celui-ci reprend les

⁹² C. ISTASSE et D. VAN DEN ABBEEL, « Les facteurs déterminant la proportion de femmes parmi les élus. L'exemple du scrutin local du 14 octobre 2018 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2019/5, p. 27 à propos du choix de mettre un homme en dernière position sur la liste.

⁹³ Voy. J. PIERET et J. SAUTOIS, « 40 ans de féminisation de la démocratie belge : la prise en compte du genre dans la régulation de la représentation et de la participation politiques », *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, vol. n° 7, avril 2023, pp. 35-38 ; S. WATTIER, *Le genre au prisme des droits humains*, Limal, Anthémis, 2026, spéc. pp. 44-52.

⁹⁴ Voy. G. GRANDJEAN, « La présence équilibrée de femmes et d'hommes dans les collèges communaux et provinciaux de Wallonie », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020/16, p. 22.

⁹⁵ C. ACHIN et S. LÉVÊQUE, « La parité sous contrôle. Égalité des sexes et clôture du champ politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2014/4, p. 120.

normes d'égalité de genre en distinguant de bas en haut selon qu'elles s'accompagnent d'une absence de sanction, d'une sanction faible ou d'une sanction forte. De gauche à droite, le schéma distingue les mesures visant à garantir l'égalité de genre selon leur degré d'exigence : mixité, seuil d'un tiers de personnes de chaque sexe ou (quasi-)parité.

TABEAU 1 : CLASSIFICATION DES NORMES D'ÉGALITÉ DE GENRE⁹⁶

Sévérité de la sanction	Mixité + sanction forte	Seuil d'un tiers + sanction forte	Parité + sanction forte
	Mixité + sanction faible	Seuil d'un tiers + sanction faible	Parité + sanction faible
	Mixité + pas de sanction	Seuil d'un tiers + pas de sanction	Parité + pas de sanction
Degré d'exigence d'égalité de genre			

Par exemple, s'agissant de la confection de listes électorales pour l'élection de la Chambre des représentants et des parlements d'entités fédérées, la législation a une forte demande d'égalité — une parité stricte —, sanctionnée sévèrement — par l'écartement de la liste qui ne serait pas conforme — et se situe donc dans la case en haut à droite. À l'inverse, l'exigence de mixité du Conseil des ministres se trouve en bas à gauche : l'exigence d'égalité est faible et aucune sanction n'est prévue. La règle relative à la composition du Sénat se trouve sur la ligne du bas, vu l'absence de sanction, sur la case du milieu étant que le seuil est maximum deux tiers de personnes de chaque genre.

B. Un nombre ne parle pas par lui-même

21. Si les normes visant à garantir une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les institutions politiques s'appuient inévitablement sur des indicateurs quantitatifs, le régime actuel présente deux angles morts. *D'une part*,

⁹⁶ Schéma créé par nos soins.

il repose sur une approche fragmentée qui réglemente chaque institution politique séparément, sans vision de l'équilibre — ou du déséquilibre — d'ensemble. *D'autre part*, les normes d'égalité de genre imposent de compter les hommes et les femmes au sein des institutions, mais toutes les fonctions n'ont pas la même importance, que ce soit sur le plan juridique, politique ou symbolique.

22. Pour commencer, le législateur belge a fait le choix d'une approche fragmentée, en adoptant des normes distinctes pour chaque (niveau de) pouvoir concerné. Une telle situation est le fruit de l'autonomie constitutive dont jouissent les entités fédérées et de la constitutionnalisation minimaliste des normes d'égalité de genre à travers l'article 11*bis*. Sauf à constitutionnaliser le degré d'égalité attendu, il est complexe d'adopter une approche globale de l'égalité de genre dans les institutions — et cela n'est pas non plus nécessairement souhaitable dans un État fédéral. Si cette approche par institution est compréhensible, elle entraîne plusieurs conséquences.

Tout d'abord, elle est impuissante à régir les postes uniques, à moins d'ajouter une dimension temporelle à la législation, ce qui n'est pas le cas actuellement. Ensuite, une telle approche néglige l'équilibre général. Par exemple, pour les élections locales, la législation ne peut tenir compte du cas d'un parti qui placerait très majoritairement des hommes en tête de liste, mais tout en respectant le principe de tirette par ailleurs. Comme exposé précédemment, un tel choix a un impact fort sur les chances pour les femmes d'être élues bourgmestre.

23. Une autre question que soulèvent les normes d'égalité de genre est de savoir s'il faut compter les « fonctions » ou les « personnes ». À titre illustratif, l'actuel Gouvernement wallon est composé de quatre hommes et quatre femmes, tandis que le Gouvernement de la Communauté française compte deux hommes et quatre femmes. En additionnant les fonctions, on arrive donc à six hommes pour huit femmes. Toutefois, si le calcul ne se focalise pas sur les fonctions, mais sur les personnes qui les occupent, on constate que deux hommes et deux femmes cumulent un poste de ministre à la fois dans le Gouvernement wallon et dans le Gouvernement de la Communauté française. En d'autres termes, il y a quatre hommes pour six femmes, ce qui est un tout petit peu moins égalitaire en termes de ratio⁹⁷. Dès lors que le droit public belge permet le cumul d'une série de fonctions, comme député et bourgmestre, cet enjeu n'est pas anodin pour évaluer l'égalité de genre dans les institutions de façon globale.

24. La difficulté d'une approche globale est de déterminer quelles fonctions sont prises en compte. Par exemple, la formation du Gouvernement fédéral a

⁹⁷ Si l'on effectue le calcul en se basant sur les fonctions, les postes attribués à des hommes représentent 42,85 % du total. Si l'on compte les personnes, les hommes constituent 40 % du total des personnes.

attiré de nombreuses critiques, en ce qu'il ne comptait que 4 femmes, contre 11 hommes ⁹⁸. Cependant, si l'on inclut les autres gouvernements du pays, de même que les présidences d'assemblées et le poste de commissaire européen, les femmes représentent 45,45 % des postes politiques attribués à la suite des élections de juin 2024, ce qui est beaucoup plus proche de la parité. Si on se focalise uniquement sur les gouvernements, ce chiffre monte à 47,36 %. En revanche, si on compte seulement les membres des différents « kern » ⁹⁹, la proportion chute à 31,25 %.

TABLEAU 2 : HOMMES ET FEMMES
DANS LES INSTITUTIONS À LA SUITE DES ÉLECTIONS DE 2024 ¹⁰⁰

Institution ¹⁰¹	Hommes	Femmes
Commission européenne	0	1
Présidence Chambre	1	0
Présidence Sénat	1	0
Gouvernement fédéral	11	4
Gouvernement flamand	3	6
Présidence Parlement flamand	0	1
Gouvernement wallon	4	4
Présidence Parlement wallon	1	0
Gouvernement Communauté française	2	4
Présidence Parlement Communauté française	1	0
Gouvernement bruxellois	4	4
Présidence Parlement bruxellois	1	0
Gouvernement Communauté germanophone	3	1
Présidence Parlement Communauté germanophone	0	1
Total	32 (27) [18]	26 (23) [7]

Légende : les nombres entre parenthèses reprennent uniquement les membres des différents gouvernements. Les nombres entre crochets reprennent uniquement les membres des « kern » des différents gouvernements.

⁹⁸ Voy. <https://www.lesoir.be/654275/article/2025-02-10/pourquoi-la-parite-en-politique-est-cruciale-pour-une-democratie-equitable-et> (consulté le 12 décembre 2025).

⁹⁹ Dans les entités fédérées, cela inclut les ministres-présidents et les vice-ministres-présidents.

¹⁰⁰ Tableau réalisé par nos soins, à jour au 12 décembre 2025.

¹⁰¹ À l'heure d'écrire ces lignes, le Gouvernement bruxellois issu des élections de 2024 n'est pas encore formé, raison pour laquelle il n'est pas repris dans le tableau.

Le tableau ci-dessus montre donc que le ratio de femmes dans les institutions varie substantiellement selon le périmètre pris en compte. Surtout, il souligne que le déséquilibre de genre est le plus marqué pour les postes les plus importants. En d'autres termes, « *despite the positive evolution observed in the number of female elected representatives, the highest echelons of power remain largely reserved for male politicians* »¹⁰². Le même constat a été fait au niveau local en France¹⁰³.

25. Ainsi, si les normes de quotas de genre permettent aux femmes d'intégrer les institutions, elles ne suffisent pas. Par ailleurs, Sophie Mercier souligne à quel point la représentation dans les commissions de la Chambre des représentants semble liée à des stéréotypes de genre, les femmes étant majoritaires dans la commission des Affaires sociales et dans la commission Santé/Égalité des chances, alors qu'elles sont particulièrement minoritaires dans les commissions Finances/Budget et Défense¹⁰⁴.

De la même façon, on peut s'interroger sur l'attribution des portefeuilles ministériels au niveau fédéral, de même que sur la place plus importante qu'ont les femmes dans les gouvernements d'entités fédérées, singulièrement dans les Communautés. Rappelons que ces dernières sont compétentes, entre autres, pour l'enseignement, l'aide aux personnes, la santé ou encore la politique familiale ; autant de matières intimement liées au *care* et, donc, aux stéréotypes associés au féminin¹⁰⁵. Une telle répartition genrée est également constatée en France¹⁰⁶.

Dès lors, pour apprécier l'efficacité des quotas, il ne suffit pas de se limiter à une évaluation numérique de la proportion de femmes dans les institutions ; il faut tenir compte de l'importance — juridique, politique ou symbolique — des postes. Or, la législation actuelle néglige les lieux de pouvoir, qu'ils soient formels ou informels. Elle ne s'applique par exemple pas aux membres du *kern*, à la présidence des partis politiques ou encore aux chefs des groupes politiques dans les assemblées législatives.

¹⁰² R. DEVROE, S. ERZEEL, P. MEIER et B. WAUTERS, « The long-term effects of gender quotas in Belgium. Leading by example? », in D. CALUWAERTS et M. REUCHAMPS (dir.), *Belgian Exceptionalism*, Oxon, Routledge, 2021, p. 40.

¹⁰³ Q. LIPPMANN, « Les politiques de quotas en faveur des femmes ont-elles brisé ou surélevé le plafond de verre ? », *Revue économique*, 2018, pp. 849-867. En revanche, le constat inverse a été fait en Suède. Voy. D. Z. O'BRIEN et J. RICKNE, *Gender Quotas and Women's Political Leadership*, IFN Working Paper No. 1043, 2014.

¹⁰⁴ S. MERCIER, « La mixité de genre au Parlement : garantie d'une démocratie représentative ? », *Droit et Société*, 2024/116, p. 24.

¹⁰⁵ J. PIERET et J. SAUTOIS, « 40 ans de féminisation de la démocratie belge : la prise en compte du genre dans la régulation de la représentation et de la participation politiques », *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, vol. n° 7, avril 2023, p. 8.

¹⁰⁶ S. LÉVÊQUE, « La féminisation du champ politique français », in T. FRINAULT, C. LE BART et E. NEVEU (dir.), *Nouvelle sociologie politique de la France*, Paris, Armand Colin, 2021, pp. 134-135.

26. En d'autres termes, « le nombre ne révèle qu'une partie d'un phénomène et la pertinence de l'utilisation d'un nombre dans la construction ou l'évaluation d'une politique dépendra du problème en cause »¹⁰⁷. La manière de calculer l'égalité de genre est déterminante pour approcher de façon descriptive la représentation des femmes dans les institutions politiques.

EN GUISE DE CONCLUSION : UN DIALOGUE NÉCESSAIRE ENTRE LE DROIT ET LES AUTRES SCIENCES HUMAINES

27. Au terme de cette étude des normes d'égalité de genre à la lumière des enseignements de la science politique, on souhaite épingler trois éléments. Tout d'abord, une logique paritaire se dessine progressivement au sein du droit public belge. Ce renforcement des normes d'égalité de genre peut permettre de davantage garantir la place des femmes dans les institutions. Néanmoins, il est complexe de déterminer la part d'évolution imputable aux changements législatifs.

Des normes plus strictes pourraient par ailleurs être adoptées à l'égard de certaines institutions, en particulier au niveau fédéral. À tout le moins, inscrire dans la Constitution le quota d'un tiers de membres de chaque sexe au Conseil des ministres nous semble souhaitable. Même si l'existence du *kern* n'est actuellement pas consacrée par la Constitution, une exigence de mixité pourrait *a minima* être envisagée. Des exigences similaires pourraient également être formulées s'agissant de l'organisation du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Il pourrait par exemple être prévu qu'un avis de la section de législation du Conseil d'État doit en principe être rendu par une chambre comptant des personnes de chaque sexe.

28. Ensuite, se pencher plus en détail sur le nombre de femmes et d'hommes présents dans les institutions montre qu'il n'est pas évident d'apprécier le caractère équilibré ou non de la représentation des sexes. L'analyse a montré que le système belge repose fortement sur une approche « par institution » — laquelle semble inévitable dès lors que le législateur fédéré dispose d'une importante autonomie constitutive et est également compétent pour organiser les pouvoirs locaux. Si ce prisme par institution est le plus logique, il ne permet pas de tenir compte de la réalité du fonctionnement politique et de la répartition des postes entre et au sein des partis politiques. Cette approche néglige également les lieux de pouvoir — formels ou informels —, dont les femmes semblent toujours davantage exclues. Il s'agit d'une faiblesse des quotas que la science politique a également pu mettre en avant.

¹⁰⁷ R. LANNEAU, « L'État, les nombres et les normes », *Le Droit et les Nombres*, Paris, Dalloz, 2024, p. 78.

Sur ce point, on pourrait imaginer un système d'évaluation dans lequel tous les postes seraient mis dans un grand « pot commun », à l'instar de ce qui se pratique lors des négociations de portefeuilles ministériels entre partis politiques. Chaque fonction, selon son importance, se verrait attribuer un certain nombre de points. Par exemple, au niveau fédéral, le poste de premier ministre vaudrait plus de points que celui de vice-premier ministre, qui compterait pour davantage que celui de ministre, lequel pèserait encore davantage qu'un secrétariat d'État. L'équilibre de genre pourrait ensuite être calculé en tenant compte de cette pondération. Si on peut imaginer qu'une telle norme soit coulée dans un texte juridique, elle serait en revanche particulièrement difficile à sanctionner. Une approche globale permettrait également de tenir compte du fait que les femmes sont rarement mises à la première place, ce qui a un fort impact, notamment au niveau communal pour l'élection des bourgmestres¹⁰⁸.

29. Enfin, des avancées ont été réalisées en faveur de l'égalité, mais un recul n'est jamais loin¹⁰⁹. À cet égard, notre étude souligne que la science politique est un outil précieux pour le juriste. Elle permet d'identifier les effets, parfois inattendus, des normes visant à garantir l'égalité de genre dans les parlements. Au stade de l'élaboration de la norme, le juriste est peu armé pour savoir comment faire en sorte que la norme soit la plus efficace. La science politique apporte un éclairage pour surmonter cette difficulté. Dans le même temps, la prudence est de mise, car les enseignements sont parfois contradictoires, ou liés à un contexte politico-juridique spécifique. Si permettre à davantage de femmes d'occuper des fonctions dans les institutions belges est nécessaire, des changements structurels plus profonds sont indispensables afin de garantir une véritable représentation des femmes, en ce compris sur le plan substantiel.

¹⁰⁸ J. DODEIGNE, D. TALUKDER, C. CLOSE et S. GESHEF, *Analyse longitudinale des effets des réformes électorales en Wallonie (2012-2024)*, Rapport préliminaire 2, 12 mars 2025, p. 7.

¹⁰⁹ Rappelons que, durant les négociations précédant la formation du gouvernement De Wever, la suppression des quotas de genre dans les conseils d'administration des sociétés cotées en Bourse avait été évoquée. Voy. <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/federal/bientot-des-quotas-de-genre-dans-les-comites-de-direction-des-entreprises-cotees/10598173.html> (consulté le 12 décembre 2025).

Le recours aux apports des sciences comportementales dans la mise en œuvre du droit fiscal

par Pierre-Louis KRUG*
et Anne VAN DE VIJVER**

RÉSUMÉ

Les enseignements des sciences comportementales prennent une place croissante dans la pratique des administrations fiscales. Cela se matérialise principalement par l'intégration d'interventions comportementales dans les processus d'établissement et de recouvrement de l'impôt. Le recours à ces connaissances extra-juridiques présente différentes implications au regard de la mise en œuvre des principes de droit fiscal belge, tant en termes d'opportunités que de points d'attention. La présente contribution vise à présenter cette rencontre entre les sciences comportementales et la pratique des administrations fiscales et mettre en évidence de potentielles implications pour la mise en œuvre du droit fiscal belge.

ABSTRACT

Behavioural insights are playing an increasingly important role in the practice of tax administrations. It is mainly reflected in the incorporation of behavioural interventions into tax assessment and collection processes. The use of this extra-legal knowledge has various implications for the implementation of Belgian tax law principles, both in terms of opportunities and risks. This contribution aims to present this interaction between behavioural sciences and tax administration practices and to highlight its potential implications for the implementation of Belgian tax law.

INTRODUCTION

La règle de droit a vocation à encadrer les comportements au sein d'une société. Elle doit, par conséquent, être fondée et appliquée sur la base d'une représentation la plus fidèle possible de la réalité dans laquelle elle s'inscrit et des comportements

* Chercheur doctorant, UCLouvain, CRIDES.

** Professeure ordinaire et doyenne à la Faculté de Droit de l'Université d'Anvers.

de ses destinataires¹. Dans cette perspective, le recours aux contributions de sciences non juridiques peut se révéler essentiel. C'est pourquoi, les acteurs de différents domaines du droit se sont progressivement intéressés aux apports de la psychologie et de la sociologie pour mieux appréhender le comportement humain.

La présente contribution vise à mettre en évidence la manière dont les administrations fiscales peuvent intégrer des apports pertinents des sciences comportementales dans leur application du droit ainsi que l'interaction de telles pratiques avec les grands principes du droit fiscal à la fois en termes d'opportunités et de risques. Pour ce faire, la contribution se déclinera en deux parties. La première partie consistera en une introduction au recours aux apports des sciences comportementales à travers leur introduction dans le champ économique et, plus récemment, leur mobilisation progressive dans l'étude du respect des règles fiscales. Une attention particulière sera portée à la mise en évidence de différentes utilisations de ces apports comportementaux par des administrations fiscales à travers le monde. La deuxième partie de cette contribution visera ensuite à évaluer la mise en œuvre de ces interventions comportementales au regard de grands principes du droit fiscal belge : le principe de légalité, le principe d'égalité et les principes de bonne administration.

I. LES SCIENCES COMPORTEMENTALES DANS LA PRATIQUE DES ADMINISTRATIONS FISCALES

Les administrations fiscales manifestent un intérêt croissant pour le recours aux enseignements des sciences comportementales dans leur pratique d'établissement et de recouvrement des impôts. Cet intérêt s'inscrit dans une tendance plus large d'intégration des enseignements des sciences comportementales dans plusieurs disciplines, l'économie en constituant l'un des points de départ.

A. Les apports des sciences comportementales à l'économie et à l'étude du respect des obligations fiscales

§ 1. L'analyse économique de la fraude fiscale

La propension du contribuable à respecter ou non ses obligations fiscales a longtemps été appréhendée comme le résultat d'une mise en balance des coûts et bénéfices économiques qu'un tel choix pouvait engendrer. Le contribuable était alors considéré comme un *homo economicus* rationnel cherchant à maximiser son intérêt individuel. Aux fondements d'un tel raisonnement, on retrouve

¹ Voy. A.-L. SIBONY, G. HELLERINGER et A. ALEMANN, « L'analyse comportementale du droit Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *Revue internationale de droit économique*, 2016, n° 3, p. 318.

M. G. Allingham et A. Sandmo qui développent en 1972 une théorie de la fraude fiscale s'appuyant sur la théorie économique classique de l'utilité espérée (*expected utility theory*²). Ces derniers analysent la fraude fiscale comme la résultante de deux variables principales : la probabilité de contrôle et le coût des sanctions³. Les moyens à disposition pour renforcer le respect des obligations fiscales appartenaient alors essentiellement au registre de la dissuasion, à savoir la mise en place de contrôles efficaces et de sanctions dissuasives. Certains auteurs se réfèrent à la notion d'approche dissuasive (opposée à l'approche non dissuasive)⁴ pour évoquer cette approche.

Cette approche économique, sans avoir été complètement abandonnée, s'est vue fortement nuancer et complexifier durant les dernières décennies. En effet, celle-ci a progressivement fait l'objet de différentes objections. La plus immédiate est le relativement faible pourcentage de fraude par rapport à la probabilité de se faire contrôler et sanctionner lorsqu'on ne respecte pas ses obligations fiscales⁵. Si l'on s'en tient au raisonnement économique souligné ci-dessus, les comportements de fraude fiscale devraient être plus nombreux eu égard au faible risque de se faire contrôler et *a fortiori* sanctionner⁶. On remarque cependant que le taux élevé de fraude que pourrait prédire le modèle économique classique dans ces conditions ne semble pas se confirmer dans la pratique⁷.

§ 2. L'avènement de l'économie comportementale

À la même période, dans les années septante, la théorie économique des choix humains s'apprêtait à être remise en question. En 1979, Daniel Kahneman et Amos Tversky développent la *prospect theory* prenant le contre-pied de la théorie économique dite de *expected utility* en démontrant que les choix humains, dans un environnement d'incertitude, ne répondent pas à ce modèle classique d'utilité

² J. VON NEUMANN et O. MORGENTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944.

³ M. G. ALLINGHAM et A. SANDMO, « Income tax evasion: a theoretical analysis », *Journal of Public Economics*, 1972, pp. 323 à 338.

⁴ M. HALLSWORTH, « The use of field experiments to increase tax compliance », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 30, 2014, n° 4, pp. 658-679.

⁵ B. TORGLER, *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 4 ; B.S. FREY et L.P. FELD, « Deterrence and Morale in Taxation: An Empirical Analysis », CESifo Working Papers, 2002, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=341380>. Une seconde critique porte sur le fait qu'une telle approche ne tienne pas compte des comportements consistant à ne pas déclarer sa base imposable et à potentiellement se placer en dehors du champ des contrôles : J. ALM *et al.*, « Taxpayer information assistance services and tax compliance behavior », *Journal of Economic Psychology*, 2010, vol. 31, n° 4, p. 579.

⁶ J. ALM, G.H. MCCLELLAND et W.D. SCHULZE, « Why do people pay taxes? », *Journal of Public Economics*, vol. 48, 1992, n° 1, p. 22.

⁷ B.S. FREY, « Deterrence and tax morale in the European Union », *European Review*, vol. 11, 2003, n° 3, p. 387 ; J. ALM, « What Motivates Tax Compliance? », *Journal of Economic Surveys*, 2019, vol. 33, n° 2, p. 355.

espérée⁸. À travers leur travail, D. Kahneman et A. Tversky ont commencé à identifier l'existence de différents raccourcis mentaux (ou heuristiques) et biais auxquels l'esprit humain est exposé dans la formulation de certains jugements⁹. Des psychologues et économistes se sont alors progressivement intéressés aux différents biais qui impactent le jugement humain et qui détournent ce dernier des prédictions de l'économie traditionnelle¹⁰. Dans ce contexte, a par exemple été mise en évidence l'existence d'un biais de *statu quo* qui souligne la tendance humaine à préférer l'état actuel des choses plutôt que le changement¹¹.

Dans le cadre des recherches sur les biais et heuristiques, sont nées les techniques dites de *nudging* qui, fondées sur les apports de l'économie comportementale, visent à orienter les comportements humains¹². Le biais de *statu quo*, par exemple, a été largement exploité pour orienter les comportements tant par les entreprises que par les autorités publiques à travers l'utilisation des options par défaut. L'inscription automatique (ou par défaut) à un plan de pension en est un exemple classique¹³. En matière fiscale, comme détaillé ci-après (voy. *infra*), la déclaration préremplie constitue également un exemple de pratique mobilisant un tel biais¹⁴.

§ 3. L'analyse comportementale du respect des obligations fiscales

Cette ouverture aux sciences comportementales s'est peu à peu observée dans diverses disciplines comme les politiques publiques, les sciences administratives, les ressources humaines ou encore le droit¹⁵. En outre, l'apport des sciences comportementales pour ces disciplines dépasse la seule question des heuristiques et biais. En ce qui concerne le droit par exemple, les recherches en sciences

⁸ D. KAHNEMAN et A. TVERSKY, « Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk », *Econometrica*, vol. 47, 1979, n° 2, pp. 263-292.

⁹ A. TVERSKY et D. KAHNEMAN, « Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases », *Science*, 1974, vol. 185, n° 4157, pp. 1124-1131 ; D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, Londres, Allen Lane, 2011.

¹⁰ R.H. THALER, *Misbehaving: the making of behavioural economics*, Londres, Penguin Books, 2016.

¹¹ W. SAMUELSON et R. ZECKHAUSER, « Status Quo Bias in Decision Making », *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 1, 1988, n° 1, pp. 7-59.

¹² R.H. THALER et C. R. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

¹³ C. R. SUNSTEIN, « Some general ideas about behavioral insights and nudges », in *Nudging's contributions to good governance and good administration*, EPLO, 2022, p. 21.

¹⁴ K. BOER et H. GRIBNAU, « "Tax Nudges": Legal Aspects of Behaviourally Informed Strategies to Enhance Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2018, p. 221, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3295964>.

¹⁵ En sciences juridiques voy. par exemple la littérature sur le droit de la consommation européenne : A.-L. SIBONY, « Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive », *European Journal of Private Law*, 2014, n° 6, pp. 901-942 ; G. HELLERINGER et A.-L. SIBONY, « European Consumer Protection Through the Behavioral Lense », *Columbia Journal of European Law*, vol. 23, 2017, pp. 607-646.

comportementales se sont largement intéressées aux facteurs qui influencent le respect des règles tels que la légitimité ou encore les normes sociales ¹⁶.

De tels enseignements ont également trouvé écho en droit fiscal où la psychologie et la sociologie ont pris progressivement une place significative dans l'étude des facteurs qui déterminent le comportement du contribuable face à ses obligations fiscales (voy. *infra*). En effet, pour répondre aux limites que présentait l'analyse économique classique de la fraude fiscale (voy. *supra*), la recherche dans le domaine s'est ouverte à des considérations culturelles, politiques, psychologiques et sociales. Aux facteurs économiques traditionnels, se sont alors ajoutés des facteurs psychologiques et sociologiques pour tenter d'expliquer comment les contribuables se comportent ¹⁷. Dans ce contexte, le concept de civisme fiscal, défini par l'OCDE comme « la motivation intrinsèque du paiement de l'impôt » ¹⁸, a pris une plus grande importance dans le débat sur le respect des règles fiscales ¹⁹.

Pour appréhender ces différents aspects, E. Kirchler *et al.* ont, par exemple, développé le *slippery slope framework* ²⁰. Ce cadre d'analyse décompose la conformité fiscale (traduction en français de *Tax Compliance*) en deux dimensions : la conformité fiscale volontaire et la conformité fiscale contrainte. Le modèle explique que le degré de conformité fiscale est influencé par deux variables : la perception de pouvoir des autorités et la confiance en ces autorités. Cependant, la variation dans la perception de pouvoir des autorités fiscales influencerait sur la conformité fiscale contrainte tandis que la conformité fiscale volontaire varierait en fonction du degré de confiance accordée à ces autorités ²¹. En outre, une variation de la confiance envers les autorités va être d'autant plus importante pour renforcer la conformité fiscale lorsque le pouvoir des autorités est faible, et inversement. Ce cadre d'analyse met aussi en évidence l'influence que la variation du degré de perception du pouvoir des autorités et la variation du degré de confiance en ces autorités peuvent avoir l'une sur l'autre. Ainsi, une augmentation de la perception du pouvoir des autorités fiscales — par exemple à travers un renforcement des contrôles — pourrait avoir pour effet indirect de véhiculer une attitude de méfiance de la part de ces autorités et ainsi diminuer

¹⁶ Pour une étude de ces différents facteurs voy. : B. VAN ROOIJ et A. FINE, *The behavioral code: the hidden ways the law makes us better...or worse*, Boston, Beacon Press, 2021.

¹⁷ Pour une étude qui rassemble les différents facteurs qui influencent la conformité fiscale voy. : E. KIRCHLER, *The economic psychology of tax behaviour*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁸ OCDE, *Document de consultation publique « Quels sont les déterminants du civisme fiscal »*, Paris, OCDE, 2019, p. 6.

¹⁹ E.F.P. LUTTMER et M. SINGHAL, « Tax Morale », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 28, 2014, n° 4, pp. 149-168.

²⁰ E. KIRCHLER, E. HOELZL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, n° 2, pp. 210-225.

²¹ E. KIRCHLER, E. HOELZL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, n° 2, p. 212.

la confiance des contribuables honnêtes envers celles-ci²². Ces interconnexions entre les deux variables se reflètent dans la représentation de ce modèle en « pente glissante » qui traduit principalement le fait qu’une diminution d’une des deux variables impacte l’autre variable et vice versa, pouvant résulter finalement en une érosion de la conformité fiscale²³.

Parmi les différents facteurs qui impactent le respect des obligations fiscales, certains peuvent être inhérents aux caractéristiques sociodémographiques du ou de la contribuable comme son genre, son âge ou son niveau d’éducation²⁴. Cependant, à côté de ces facteurs sociodémographiques, il existe aussi des facteurs comportementaux qui peuvent davantage être influencés par les administrations²⁵. Ces facteurs sont variés. Parmi ceux-ci, on retrouve notamment la confiance dans les autorités et le système fiscal, les normes sociales et personnelles, le traitement et la compréhension de l’information ou encore différentes perceptions de justice de l’impôt et de sa collecte²⁶. Le prochain point visera à mettre en évidence comment des administrations fiscales à travers le monde tentent d’intervenir sur certains de ces facteurs en ayant recours aux apports des sciences comportementales dans l’objectif de renforcer le respect des obligations fiscales.

B. Le recours aux sciences comportementales par les administrations fiscales aux différents stades de la procédure

Le droit fiscal fait office, depuis plusieurs années déjà, de terrain privilégié de mise en œuvre d’apports comportementaux. De nombreuses administrations fiscales, en partenariat avec des chercheurs en économie, psychologie et sociologie,

²² E. KIRCHLER, E. HOELZL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, n° 2, p. 213.

²³ E. KIRCHLER, E. HOELZL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, note 20, p. 214.

²⁴ E. HOFMANN *et al.*, « Tax compliance across sociodemographic categories: Meta-analyses of survey studies in 111 countries », *Journal of Economic Psychology*, vol. 62, 2017, pp. 63-71.

²⁵ S. ELBERS *et al.*, « Methodological Handbook: Strengthening tax compliance by implementing behavioural insights for revenue administration in Belgium, Austria, and Portugal », 2025, disponible sur : https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/methodological-handbook-strengthening-tax-compliance-implementing-behavioural-insights_en (consulté le 13 février 2026).

²⁶ Pour des études qui traitent de manière globale de ces différents facteurs voy. par exemple : KIRCHLER, E. HOELZL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, note 20 ; M.E. MARSHALL *et al.*, « In All Fairness: A Meta-Analysis of the Tax Fairness — Tax Compliance Literature », *Behavioral Research in Accounting*, vol. 36, 2024, n° 2, pp. 105-130 ; S. ELBERS *et al.*, « Methodological Handbook: Strengthening tax compliance by implementing behavioural insights for revenue administration in Belgium, Austria, and Portugal », 2025, disponible sur : https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/methodological-handbook-strengthening-tax-compliance-implementing-behavioural-insights_en (consulté le 13 février 2026), note 26. Il existe également de nombreuses études qui étudient ces facteurs de manière plus spécifique mais leur recensement dépasse le cadre de cet article.

ont pu tester à cet égard certaines interventions fondées sur les sciences comportementales dans l'objectif de renforcer la tendance des contribuables à respecter leurs obligations fiscales. L'intérêt de ces interventions comportementales pour les administrations fiscales s'observe dans différents pays du monde et concerne majoritairement deux phases de la procédure fiscale à savoir l'établissement de l'impôt (§ 1) et la perception de celui-ci (§ 2).

§ 1. L'établissement de l'impôt

En droit fiscal, une première composante du respect des obligations fiscales se situe, pour différents types d'impôts, dans l'obligation de déclaration de la base imposable²⁷. Ce premier aspect de la procédure fiscale permet aux administrations d'établir l'impôt dû. Une déclaration est conforme lorsqu'elle est exacte et exhaustive et lorsqu'elle est faite dans les délais impartis²⁸. Dans le cadre de l'établissement de l'impôt, ce sont donc ces différents éléments que les administrations fiscales tentent traditionnellement d'influencer au moyen d'apports des sciences comportementales.

La plupart des expériences de terrain menées dans ce contexte consistent à intervenir sur les messages envoyés aux contribuables par les administrations. Au sein de ces messages sont dès lors incluses une ou plusieurs interventions comportementales afin d'évaluer leur efficacité sur le renforcement de la conformité de leurs destinataires²⁹.

Une vaste expérience de terrain de ce type est née de la collaboration entre des chercheurs en sciences sociales et l'administration fiscale indonésienne³⁰. Celle-ci a été menée sur un échantillon constitué de plus de 11 millions de contribuables qui étaient enregistrés pour remplir leur déclaration fiscale en ligne³¹. La particularité de cette expérience réside dans son intérêt pour le comportement consistant à remplir sa déclaration plus de deux semaines avant la date d'échéance. En effet, de nombreux contribuables auraient tendance à attendre le dernier moment pour remplir leur déclaration et ce, à cause de différents facteurs comportementaux à l'origine d'un phénomène de procrastination. *In fine*, cela engendrerait une

²⁷ En Belgique, c'est le cas par exemple de l'impôt des personnes physiques et de l'impôt des sociétés : art. 305 CIR 92.

²⁸ OECD Forum on Tax Administration, *Guidance Note — Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, 2004, p. 7.

²⁹ Pour quelques exemples voy. : K.M. BOTT *et al.*, « You've Got Mail: A Randomized Field Experiment on Tax Evasion », *Management Science*, 2020, vol. 66, n° 7, pp. 2801-2819 ; M. WENZEL, « A Letter from the Tax Office: Compliance Effects of Informational and Interpersonal Justice », *Social Justice Research*, 2006, vol. 19, n° 3, pp. 345-364.

³⁰ R. PERSIAN *et al.*, « Behavioural prompts to increase early filing of tax returns: a population-level randomised controlled trial of 11.2 million taxpayers in Indonesia », *Behavioural Public Policy*, vol. 7, 2023, n° 3, pp. 701-720.

³¹ L'expérience en question répondait à la forme d'un essai aléatoire et contrôlé.

surcharge des systèmes durant les jours précédant la date d'échéance et par conséquent des difficultés tant pour les administrations que pour les contribuables ³².

L'expérience consistait à analyser l'impact de plusieurs interventions comportementales sur deux éléments : le pourcentage de déclarations complétées au minimum deux semaines avant la date d'échéance et le pourcentage total de déclarations remplies. Pour ce faire, différentes interventions comportementales ont été introduites dans des emails envoyés aux contribuables. Tout d'abord, deux groupes de contrôle ont été établis. Le premier n'a pas reçu d'email et le deuxième a reçu un email similaire à ce qui était habituellement envoyé par l'administration dans le passé. Ce premier email, sans traitement comportemental, consistait en un rappel de remplir sa déclaration avec une mention des différentes options possibles pour le faire et les règles applicables. Le reste des contribuables sujets à l'expérience et n'ayant pas été assignés à un groupe contrôle a reçu un des emails testés parmi cinq versions différentes contenant une ou plusieurs interventions :

1. Le premier élément à avoir été testé est la simplification de l'email. À cela était ajouté un appel à une norme sociale soulignant que plus de contribuables indonésiens que jamais remplissaient une déclaration.
2. Le deuxième email était une version de l'email simplifié et visait quant à lui à faciliter la tâche du contribuable. Il contenait dès lors un lien vers une liste de documents utiles et une FAQ. L'email insistait également sur les inconvénients qui découlaient du fait de remplir sa déclaration au dernier moment. La même norme sociale que dans le premier email avait finalement été ajoutée.
3. Le troisième email était une version de l'email simplifié qui contenait une option (*Yes* ou *No*) pour choisir une date à laquelle les contribuables concernés allaient remplir leur déclaration. Si le contribuable choisissait une telle date alors un rappel lui était envoyé deux jours avant celle-ci et le jour même. La norme sociale et la mise en évidence des potentiels inconvénients figuraient aussi dans ce troisième email.
4. Le quatrième email était un mixte entre le deuxième et le troisième mais sans la mise en évidence des inconvénients de remplir sa déclaration au dernier moment ³³.
5. Le cinquième et dernier email visait à faire appel au sentiment patriotique des contribuables en leur expliquant le rôle du paiement de leurs impôts.

³² R. PERSIAN *et al.*, « Behavioural prompts to increase early filing of tax returns: a population-level randomised controlled trial of 11.2 million taxpayers in Indonesia », *Behavioural Public Policy*, vol. 7, 2023, n° 3, note 32, p. 704.

³³ On y retrouvait ainsi à la fois les informations visant à faciliter la tâche des contribuables dans la procédure de déclaration (deuxième email) ainsi qu'une option pour choisir une date à laquelle le contribuable remplirait sa déclaration (troisième email).

Cette étude a produit plusieurs résultats intéressants. De manière générale, le fait de recevoir un email de rappel a permis d'augmenter le pourcentage de déclarations remplies au minimum deux semaines avant la date d'échéance ainsi que le pourcentage total de déclarations remplies par les contribuables. Cela s'est constaté également pour l'email de rappel traditionnel, sans intervention comportementale spécifique, reçu par les contribuables du deuxième groupe de contrôle. Les auteurs de l'expérience ont, en outre, pu conclure que le traitement le plus efficace était le message proposant une option pour la fixation d'une date à laquelle le/la contribuable allait remplir sa déclaration et la mise en place de rappels en ce sens. Les auteurs de l'étude ont notamment pu conclure que si l'email incluant ce traitement avait été envoyé à tout l'échantillon, il aurait pu augmenter de 133.000 le nombre total de déclarations remplies et de 233.900 le nombre de déclarations soumises au moins deux semaines avant la date finale ³⁴.

La mise en place de ce traitement reposait sur différents résultats d'études comportementales. Le fait de demander aux individus de prévoir la date à laquelle ils effectueront une action a pu, en effet, s'avérer, dans certains contextes, efficace pour augmenter la réalisation de cette action ³⁵. En outre les contribuables ayant reçu cet email devaient faire un choix entre accepter de sélectionner une date ou refuser activement de le faire. À nouveau cette formulation était basée sur des études comportementales démontrant l'effet positif d'une telle configuration de choix actif sur la propension des individus à choisir l'option d'acceptation ³⁶.

De nombreuses autres expériences ont été menées dans le cadre de l'établissement de l'impôt en collaboration avec différentes administrations fiscales à travers le monde.

Une intervention comportementale qui a été testée dans différents contextes est l'insertion, dans les communications relatives à la déclaration fiscale, de messages faisant appel à des normes sociales. Les résultats de ces expériences ne sont cependant pas toujours alignés. L'appel aux normes sociales dans les

³⁴ R. PERSIAN *et al.*, « Behavioural prompts to increase early filing of tax returns: a population-level randomised controlled trial of 11.2 million taxpayers in Indonesia », *Behavioural Public Policy*, vol. 7, 2023, n° 3, note 32, p. 718.

³⁵ Les auteurs se réfèrent notamment à une étude réalisée dans le contexte du renforcement de la vaccination : K.L. MILKMAN *et al.*, « Using implementation intentions prompts to enhance influenza vaccination rates », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2011, vol. 108, n° 26, pp. 10415-10420.

³⁶ Pour plus de détails et pour les références aux recherches comportementales pertinentes voy. : R. PERSIAN *et al.*, « Behavioural prompts to increase early filing of tax returns: a population-level randomised controlled trial of 11.2 million taxpayers in Indonesia », *Behavioural Public Policy*, vol. 7, 2023, n° 3, note 32.

messages envoyés aux contribuables semble parfois renforcer leur conformité déclarative³⁷ mais dans d'autres contextes, ces appels n'ont pas eu d'effets significatifs³⁸.

Un autre outil fréquemment évalué à l'occasion d'expériences de terrain est la simplification. Les efforts de simplification des communications de l'administration fiscale peuvent se révéler particulièrement efficaces dans le renforcement du respect des obligations fiscales³⁹. En outre, il a été mis en évidence que fournir de l'aide aux contribuables pour compléter leurs déclarations ainsi que réduire l'incertitude quant aux montants d'impôt dus pouvait permettre d'augmenter la conformité déclarative⁴⁰.

Certaines études se sont finalement penchées sur l'impact de messages insistant sur les éléments coercitifs attachés au non-respect des obligations déclaratives. Plusieurs expériences de terrain ont ainsi démontré un impact positif du renforcement de la perception du risque de contrôles et de sanctions sur la conformité déclarative des contribuables⁴¹. Au Minnesota, une expérience de terrain a étudié l'influence de l'envoi d'une lettre soulignant l'attention particulière avec laquelle l'administration fiscale allait contrôler la déclaration des destinataires de cette lettre⁴². Les résultats de cette expérience ont été contrastés. Le renforcement de la menace de contrôle a permis d'augmenter le montant déclaré des contribuables à bas et moyens revenus mais a eu un résultat inverse sur les contribuables à plus hauts

³⁷ K.M. BOTT *et al.*, « You've Got Mail: A Randomized Field Experiment on Tax Evasion », *Management Science*, vol. 66, 2020, n° 7, pp. 2801-2819.

³⁸ Voy. par ex. : J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, pp. 1425-1463 ; B. TORGLER, « Moral suasion: An alternative tax policy strategy? Evidence from a controlled field experiment in Switzerland », *Economics of Governance*, vol. 5, 2004, n° 3, pp. 235-253 ; B.S. MEISELMAN, « Ghostbusting in Detroit: Evidence on nonfilers from a controlled field experiment », *Journal of Public Economics*, vol. 158, 2018, pp. 180-193.

³⁹ Voy. par ex. : J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39.

⁴⁰ Pour une expérience en laboratoire voy. : J. ALM *et al.*, « Taxpayer information assistance services and tax compliance behavior », *Journal of Economic Psychology*, 2010, vol. 31, n° 4, note 6, pp. 577-586. ; Pour des expériences de terrain voy. : M. WENZEL et N. TAYLOR, « An experimental evaluation of tax-reporting schedules: a case of evidence-based tax administration », *Journal of Public Economics*, vol. 88, 2004, n° 12, pp. 2785-2799 ; M.A. FONSECA et S.B. GRIMSHAW, « Do Behavioral Nudges in Prepopulated Tax Forms Affect Compliance? Experimental Evidence with Real Taxpayers », *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 36, 2017, n° 2, pp. 213-226.

⁴¹ Voy. par ex. : B.S. MEISELMAN, « Ghostbusting in Detroit: Evidence on nonfilers from a controlled field experiment », *Journal of Public Economics*, vol. 158, 2018, note 41, pp. 180-193 ; K.M. BOTT *et al.*, « You've Got Mail: A Randomized Field Experiment on Tax Evasion », *Management Science*, 2020, vol. 66, n° 7, note 37, pp. 2801-2819.

⁴² J. SLEMROD, M. BLUMENTHAL et C. CHRISTIAN, « Taxpayer response to an increased probability of audit: evidence from a controlled experiment in Minnesota », *Journal of Public Economics*, vol. 79, 2001, n° 3, pp. 455-483.

revenus⁴³. Les chercheurs émettent deux hypothèses pour expliquer cette différence. La première résiderait dans le fait que le message reçu par l'administration ait poussé les contribuables à plus hauts revenus à faire appel à des experts fiscaux ayant permis de diminuer la charge fiscale. Une deuxième explication tiendrait dans la perception accrue de ces mêmes contribuables que le déroulé des contrôles fiscaux dépend des déclarations qu'ils font et, davantage encore s'ils estiment que leur non-conformité déclarative des années précédentes risquerait d'apparaître et être sanctionnée⁴⁴.

§ 2. Le recouvrement de l'impôt

La seconde composante du respect des règles fiscales concerne la phase de recouvrement de l'impôt. À cet égard, la conformité dépend non seulement du paiement complet de l'impôt dû mais également du délai dans lequel le paiement est effectué. Ce sont donc sur ces deux éléments que les administrations fiscales vont principalement tester des interventions comportementales.

À l'instar de l'établissement de l'impôt, la majorité des expériences de terrain qui ont été menées dans la phase de recouvrement de l'impôt consistait à envoyer certains messages aux contribuables ayant une dette fiscale. Ces messages visent par exemple à rappeler aux contribuables leurs obligations fiscales. Les expériences de terrain permettent alors non seulement d'évaluer l'impact de ces rappels en tant que tels⁴⁵ (et de leur fréquence⁴⁶) mais également l'influence des différents types d'interventions comportementales qu'ils peuvent contenir.

En Belgique, plusieurs expériences de terrain ont été menées sur les communications de l'administration avec les contribuables à l'impôt sur les revenus des personnes physiques pour les exercices d'imposition 2014, 2015 et 2016⁴⁷. Ce groupe d'expériences est le fruit d'une collaboration de chercheurs en sciences comportementales avec l'administration fiscale fédérale.

⁴³ J. SLEMRD, M. BLUMENTHAL et C. CHRISTIAN, « Taxpayer response to an increased probability of audit: evidence from a controlled experiment in Minnesota », *Journal of Public Economics*, vol. 79, 2001, n° 3, note 42, pp. 455-483.

⁴⁴ J. SLEMRD, M. BLUMENTHAL et C. CHRISTIAN, « Taxpayer response to an increased probability of audit: evidence from a controlled experiment in Minnesota », *Journal of Public Economics*, vol. 79, 2001, n° 3, note 42, p. 477.

⁴⁵ J. GUYTON *et al.*, « Reminders & Recidivism: Evidence from Tax Filing & EITC Participation among Low-Income Nonfilers », *NBER Working Paper*, 2016, disponible sur <https://www.nber.org/papers/w21904>.

⁴⁶ Voy. à ce titre : A. ANTINYAN *et al.*, « Does the frequency of reminders matter for their effectiveness? A randomized controlled trial », *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 191, 2021, pp. 752-764.

⁴⁷ J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39.

L'objectif était d'étudier l'effet de trois facteurs différents à savoir la simplification, la dissuasion et le civisme fiscal sur le respect des obligations fiscales (déclaration et paiement conforme et dans les temps). Dans ce cadre, les scientifiques ont testé plusieurs traitements sur les différentes étapes de l'impôt des personnes physiques : la déclaration fiscale, le rappel de déclaration, l'avertissement-extrait de rôle et le rappel du paiement de l'impôt dû. L'attention sera ici fixée sur la phase de paiement et de rappel de paiement de l'impôt.

L'expérience a notamment été menée sur les avertissements-extraits de rôle envoyés à 1 216 317 contribuables qui devaient de l'argent à l'État. Les contribuables sujets au traitement avaient alors reçu un avertissement-extrait de rôle simplifié mettant en évidence les éléments principaux comme la date butoir, le montant dû et le numéro de compte en banque sur lequel devait être effectué le paiement. Parmi ces avertissements-extraits de rôle, certains étaient également assortis d'un message de dissuasion (sanction ou/et risque de non-conformité) ou de civisme fiscal (norme sociale ou/et mise en évidence des services publics financés par l'impôt).

Une autre partie de l'expérience consistait à évaluer l'impact de certains traitements sur les lettres de rappel envoyées aux contribuables qui étaient en retard de paiement⁴⁸. À nouveau, les lettres testées étaient simplifiées et certaines d'entre elles contenaient un message relatif à la dissuasion ou au civisme fiscal.

La simplification et la dissuasion combinées ont eu un effet significatif sur la conformité fiscale des contribuables sujets aux traitements. Cela a, par exemple, augmenté de 1,4 % les paiements endéans les 60 jours après la réception de l'avertissement-extrait de rôle. Plus significative encore, la simplification des lettres de rappel a eu pour effet d'augmenter de presque 23 %, la probabilité de paiement dans les quatorze jours suivant la réception de la lettre⁴⁹.

A contrario, les messages en lien avec le civisme fiscal n'ont pas eu d'effet positif sur la conformité fiscale des contribuables. À travers un sondage mené en parallèle de leur expérience, les chercheurs ont cependant observé que la description des services publics financés par l'impôt avait permis d'augmenter les connaissances fiscales des contribuables⁵⁰.

Plusieurs autres expériences, menées dans des pays et contextes différents, avaient pourtant déjà conclu à l'effet positif sur le respect des obligations fiscales

⁴⁸ 229 751 contribuables ont été sujets à l'expérience en 2015-2016 et 188 180 contribuables en 2016-2017.

⁴⁹ J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39, p. 1441.

⁵⁰ J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, p. 1428.

de messages visant à faire appel au civisme fiscal des contribuables par la mise en évidence de normes sociales⁵¹. Comme on l'a vu, cet effet ne s'observe cependant pas toujours⁵². De tels résultats disparates ont également été constatés concernant la mise en évidence des services publics financés par l'impôt⁵³.

Un autre facteur largement testé est l'effet de la simplification dans la phase de recouvrement de l'impôt. Différentes expériences ont ainsi eu pour effet de renforcer le paiement de l'impôt dû en simplifiant la communication des administrations fiscales ou encore la procédure de paiement⁵⁴.

En outre, comme dans la phase d'établissement de l'impôt, certaines études se sont également penchées sur l'influence d'une mise en évidence accrue des moyens de contrôle ou des sanctions attachées à la non-conformité. Ces communications peuvent, en effet, s'avérer avoir un impact positif sur le renforcement de la conformité fiscale dans la phase de recouvrement de l'impôt⁵⁵.

Enfin, en plus de tester différents types de messages, certaines administrations fiscales ont également cherché à évaluer l'impact des moyens par lesquels elles communiquaient leurs messages. Dans une expérience menée au Rwanda, l'email est ressorti comme le média qui permettait le plus de renforcer la conformité fiscale des contribuables, suivi des lettres et finalement des sms⁵⁶. Dans une autre expérience, en Colombie cette fois-ci, l'email est à nouveau apparu comme un

⁵¹ M. HALLSWORTH *et al.*, « The behavioralist as tax collector: Using natural field experiments to enhance tax compliance », *Journal of Public Economics*, 2017, vol. 148, pp. 14-31 ; L.D. CARPIO, « Are the Neighbors Cheating? Evidence from a Social Norm Experiment on Property Taxes in Peru Job Market Paper », *Princeton University Working Paper*, 2014, p. 19.

⁵² Voy. par ex. : M. BLUMENTHAL, C. CHRISTIAN et J. SLEMMOD, « Do Normative Appeals Affect Tax Compliance? Evidence from a Controlled Experiment in Minnesota », *National Tax Journal*, 2001, vol. 54, n° 1, pp. 125-138.

⁵³ Pour un effet positif sur la conformité fiscale voy. par ex. : M. HALLSWORTH *et al.*, « The behavioralist as tax collector: Using natural field experiments to enhance tax compliance », *Journal of Public Economics*, 2017, vol. 148, note 53, pp. 14-31 ; Pour des résultats inverses voy. par ex. : J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39 ; B. TORGLER, « Moral suasion: An alternative tax policy strategy? Evidence from a controlled field experiment in Switzerland », *Economics of Governance*, 2004, vol. 5, n° 3, pp. 235-253.

⁵⁴ J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39 ; P. JOHN et T. BLUME, « How best to nudge taxpayers? The impact of message simplification and descriptive social norms on payment rates in a central London local authority », *Journal of Behavioral Public Administration*, vol. 1, 2018, n° 1, pp. 1-11.

⁵⁵ Voy. par ex. : T. CRANOR *et al.*, « Communicating Tax Penalties to Delinquent Taxpayers: Evidence From a Field Experiment », *National Tax Journal*, vol. 73, 2020, n° 2, pp. 331-360 ; J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39.

⁵⁶ G. MASCAGNI, C. NELL et N. MONKAM, « One Size Does Not Fit All: A Field Experiment on the Drivers of Tax Compliance and Delivery Methods in Rwanda », ICTD Working Paper, 2017, disponible sur : <https://www.ictd.ac/publication/ictd-wp58/>.

des modes les plus efficaces de communication des messages de l'administration mais c'est la remise en mains propres du message au contribuable par un fonctionnaire fiscal qui s'est avérée être le moyen ayant le plus d'impact sur la conformité fiscale ⁵⁷.

II. L'INTERACTION DES RECOURS AUX SCIENCES COMPORTEMENTALES AVEC LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT FISCAL

A. Le recours aux sciences comportementales dans la mise en œuvre du droit fiscal : efficacité, effectivité, efficience et limites

Comme en témoigne la section précédente, le recours aux apports des sciences comportementales par les administrations fiscales s'est largement répandu à travers le monde et fait l'objet de nombreuses expériences de terrain. Ces interventions comportementales sont introduites à différentes phases de la procédure dans l'objectif de renforcer l'efficacité de l'action de l'administration fiscale dans la collecte de l'impôt et la mise en œuvre du droit fiscal. La question qui se présente est dès lors de savoir quel rôle ces apports scientifiques jouent dans l'efficacité de cette mise en œuvre et si de tels recours présentent également des limites à ce niveau.

Pour apprécier l'impact des recours aux sciences comportementales sur la mise en œuvre du droit fiscal, il est préalablement nécessaire de brièvement délimiter les concepts d'efficacité, d'effectivité et d'efficience d'une norme. L'efficacité d'une norme se réfère à la capacité de cette dernière à remplir les objectifs qu'elle incarne ⁵⁸. L'efficience se distingue de l'efficacité par la prise en compte des moyens nécessaires pour atteindre l'objectif en question. Là où une mesure efficace est une mesure qui atteint son objectif, une mesure efficiente l'atteint mais avec une optimisation des coûts ⁵⁹. Finalement, l'effectivité concerne, quant à elle, l'application de la norme et son respect par ses destinataires ⁶⁰.

Le premier impact qui vient à l'esprit concernant l'utilisation d'outils comportementaux dans la mise en œuvre du droit fiscal est naturellement leur potentielle capacité à renforcer le respect des règles fiscales. À travers les exemples que l'on a pu mettre en évidence dans la section précédente, on s'aperçoit que l'introduction

⁵⁷ D. ORTEGA et C. SCARTASCINI, « Don't Blame the Messenger: A Field Experiment on Delivery Methods for Increasing Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2015, disponible sur <http://www.ssrn.com/abstract=2729732>.

⁵⁸ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 61-64.

⁵⁹ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 62.

⁶⁰ Voy. J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, 1957, vol. 9, pp. 3-17.

d'interventions comportementales dans l'établissement et la perception de l'impôt peut entraîner une augmentation de la tendance des contribuables qui y sont soumis à remplir leurs obligations de déclaration et de paiement⁶¹. Cela permet ainsi de participer à renforcer l'effectivité des normes fiscales dans le sens du respect de ces dernières.

Ensuite, les apports des sciences comportementales peuvent également participer à l'efficacité des mesures fiscales. En effet, pour remplir ses objectifs, une règle de droit doit prendre appui sur le réel⁶² et comprendre les comportements qui impactent son efficacité ou sur lesquels elle a vocation à agir⁶³. En fournissant des informations sur la manière dont les contribuables se comportent par rapport à leurs impôts et au système fiscal en général, les sciences comportementales offrent une meilleure compréhension de ce réel. À titre d'exemple, l'efficacité de l'implémentation du système de déclaration préremplie s'appuie sur des éléments comportementaux. En effet, on peut admettre qu'une telle pratique se fonde en partie sur le biais de *statu quo*⁶⁴ qui explique la tendance des individus à maintenir l'état actuel des choses et à être averses au changement. En outre, comme en attestera le prochain point, les apports des sciences comportementales peuvent s'avérer utiles pour renforcer l'efficacité de la mise en œuvre de certains principes de droit fiscal (voy. *infra*).

Enfin, la question de l'efficacité est également pertinente. Alors que les outils classiques pour renforcer la conformité fiscale comme les contrôles et les sanctions peuvent s'avérer efficaces, leur coût et les moyens qu'ils requièrent pour être mis en place sont souvent importants. Les techniques visant à recourir aux apports des sciences comportementales peuvent, quant à elles, être moins coûteuses ce qui leur permet, dans certains contextes, d'être particulièrement efficaces⁶⁵.

L'utilisation des apports des sciences comportementales par les administrations fiscales présente également des limites.

Tout d'abord, les enseignements généraux issus des sciences comportementales sur lesquels les interventions sont fondées doivent parfois encore être testés en matière fiscale. Cette première limite découle dans certains cas sur

⁶¹ A. ANTINYAN et Z. ASATRYAN, « Nudging for Tax Compliance: A Meta-Analysis », *The Economic Journal*, 2025, vol. 135, n° 668, p. 1034.

⁶² N. RANGONE, « Making Law Effective: Behavioural Insights into Compliance », *European Journal of Risk Regulation*, vol. 9, 2018, n° 3, pp. 483-501.

⁶³ A.-L. SIBONY, G. HELLERINGER et A. ALEMANN, « L'analyse comportementale du droit Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *Revue internationale de droit économique*, 2016, n° 3, note 1, p. 320.

⁶⁴ Voy. égal. : P. GRANDE SERRANO, « How Behavioural Tools Can Improve the Tax System », in *Nudging's contributions to good governance and good administration*, Athènes, EPLO, 2022, p. 234.

⁶⁵ Voy. par ex. : J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39, p. 1428.

des résultats non concluants comme certaines expériences de terrain ont pu en témoigner⁶⁶. Cela crée cependant une opportunité de synergie entre la mise en œuvre du droit fiscal et les sciences comportementales. Comme ont pu en attester les différents exemples mis en évidence ci-dessus, la procédure fiscale est un bon terrain d'expérimentation pour tester la validité de certaines théories des sciences comportementales. Les deux domaines peuvent donc s'enrichir mutuellement.

Une seconde limite réside dans l'impact des facteurs contextuels et individuels dans l'étude du comportement des contribuables face à leurs obligations fiscales. Cela peut avoir pour résultat qu'une intervention comportementale s'avère efficace dans un certain contexte et non pertinente dans un autre, ce qui pose bien entendu des questions de reproductibilité⁶⁷. Il est donc nécessaire d'avoir égard aux limites des études comportementales lorsqu'on envisage d'en interpréter les résultats et *a fortiori* de les reproduire.

Enfin, il faut également être attentif au fait que les variables étudiées diffèrent d'une étude à l'autre. En effet, comme on a pu le souligner, la notion même de conformité fiscale peut être étudiée de différentes manières. Comme mentionné plus haut, la conformité fiscale se retrouve non seulement au niveau de la déclaration mais aussi du paiement de l'impôt. En outre, la conformité fiscale peut être étudiée par rapport aux montants qui sont déclarés ou payés mais aussi au regard du délai dans lequel cette déclaration ou ce paiement est opéré. Finalement, la conformité peut être contrainte ou volontaire. En fonction du type de conformité étudié, les mesures pour la renforcer peuvent différer. Ainsi, le renforcement de la perception de pouvoir des autorités fiscales aura davantage tendance à renforcer la conformité fiscale contrainte, là où le renforcement de la confiance en ces autorités impactera la conformité fiscale volontaire (voy. *supra*)⁶⁸.

B. Le recours aux sciences comportementales et les grands principes du droit fiscal

À côté de ces bénéfices et limites en termes d'efficacité, d'effectivité et d'efficience de la mise en œuvre du droit fiscal, le recours aux sciences comportementales

⁶⁶ C'est le cas par exemple des appels à une norme sociale qui dans certaines expériences semblent augmenter le degré de conformité fiscale et dans d'autres ne démontrent pas d'effets significatifs (voy. *supra*).

⁶⁷ S. ELBERS *et al.*, « Methodological Handbook: Strengthening tax compliance by implementing behavioural insights for revenue administration in Belgium, Austria, and Portugal », 2025, disponible sur : https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/methodological-handbook-strengthening-tax-compliance-implementing-behavioural-insights_en (consulté le 13 février 2026), note 26, p. 4.

⁶⁸ E. KIRCHLER, E. HOEGL et I. WAHL, « Enforced versus voluntary tax compliance: The “slippery slope” framework », *Journal of Economic Psychology*, vol. 29, 2008, note 22, pp. 214-219.

entretient également des liens étroits, en termes d'opportunités mais aussi de risques, avec les grands principes encadrant le droit fiscal belge et spécifiquement l'action de l'administration fiscale.

§ 1. Le principe de légalité de l'impôt

Le droit fiscal belge est régi par le principe de légalité de l'impôt qui trouve une consécration constitutionnelle à l'article 170 de la Constitution. En exigeant que tout impôt soit prévu par une loi (ainsi que toute exonération ou réduction d'impôt⁶⁹), ce principe constitutionnel garantit la nécessité du consentement collectif de l'impôt. Dans un régime parlementaire représentatif, le consentement de l'impôt se manifeste par l'adoption des impôts par les membres démocratiquement élus du pouvoir législatif. La conséquence principale du principe de légalité fiscale est donc la compétence exclusive du pouvoir législatif pour déterminer les éléments essentiels de l'impôt. Parmi ces éléments essentiels, on retrouve notamment « la désignation des contribuables, la matière imposable, la base imposable, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations et diminutions d'impôt »⁷⁰.

Le principe de légalité de l'impôt a d'autres implications et emporte différentes exigences à l'attention des acteurs du droit fiscal que ce soit dans la conception ou dans la mise en œuvre des normes fiscales. Par exemple, au-delà de l'exigence formelle de consentement démocratique de l'impôt, tant la jurisprudence européenne que nationale a progressivement reconnu une dimension davantage matérielle au principe de légalité. Ainsi, l'impôt doit non seulement être prévu par une loi, mais cette loi doit également respecter certaines conditions de qualité : la loi fiscale doit être claire, accessible et prévisible⁷¹. En outre, bien que le principe de légalité s'adresse principalement au législateur qui est exhorté à prévoir les éléments essentiels de l'impôt, ce dernier exige également de l'administration qu'elle applique de manière stricte la loi fiscale⁷².

L'implémentation des apports des sciences comportementales dans l'application du droit fiscal par les administrations soulève des réflexions pertinentes vis-à-vis de la mise en œuvre de ce principe de légalité. Comme en ont témoigné les développements précédents, les sciences comportementales permettent de mieux comprendre le comportement des contribuables et les facteurs qui l'influencent.

⁶⁹ Const., art. 172.

⁷⁰ C. const., 3 mars 2016, n° 37/2016, B.3 ; C. const., 8 juin 2023, n° 87/2023, B.5.3.

⁷¹ Cour eur. D.H., 14 octobre 2010, arrêt *Shchokin c. Ukraine*, nos 23759/03 et 37943/06 ; Cour eur. D.H., 7 juillet 2011, arrêt *Serkov c. Ukraine*, n° 39766/05 ; C.J., 5 juillet 2012, arrêt *SIAT*, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415 ; C. const., 13 mars 2008, n° 54/2008, B.12. ; C. const., 1^{er} mars 2018, n° 24/2018, B.23.2.

⁷² M. BOURGEOIS, « Constitutional framework of the different types of income », in B. PEETERS (dir.), *The Concept of Tax*, Amsterdam, IBFD, 2005, p. 159.

Des enseignements de ces dernières peuvent alors être intégrés dans la pratique des administrations fiscales à travers différentes interventions et, dans certaines circonstances, participer au renforcement de la conformité fiscale (voy. *supra*) ainsi qu'à la mise en œuvre des obligations incombant à une bonne administration (voy. *infra*). Cet aspect du recours aux apports des sciences comportementales qui contribue à un plus grand respect du droit fiscal participe à la mise en œuvre du principe de légalité de l'impôt.

Un autre effet qui peut émerger du recours aux apports des sciences comportementales concerne l'accessibilité de l'information et la simplification. Une expérience menée en laboratoire a, par exemple, pu mettre en évidence le fait que l'aide de l'administration et l'apport d'informations pour diminuer l'incertitude dans laquelle se trouvent les contribuables pouvaient augmenter la tendance de ceux-ci à respecter leurs obligations fiscales ⁷³. Plusieurs expériences de terrain (dont certaines ont été mentionnées ci-avant) ont pu confirmer cet impact de la simplification ⁷⁴. Le recours aux apports des sciences comportementales pour rendre l'application des règles fiscales plus prévisibles contribue à la dimension matérielle du principe de légalité. En effet, les communications des administrations constituent un moyen essentiel par lequel les règles fiscales sont portées à la connaissance des contribuables ⁷⁵.

Le recours aux sciences comportementales soulève aussi des points d'attention par rapport au principe de légalité de l'impôt. L'un des avantages des interventions comportementales réside dans leur facilité d'implémentation. Cet avantage peut cependant cacher un risque, celui de la légitimité démocratique de telles pratiques et de leur contrôle. En effet, l'implémentation d'outils comportementaux dans la collecte de l'impôt se fait généralement sans un détour par le parlement et l'octroi d'un assentiment législatif ⁷⁶. Il existe donc de potentielles frictions entre l'utilisation d'interventions comportementales et la mise en œuvre du principe de légalité qui exige que l'action de l'administration soit prévisible et strictement encadrée par la loi ⁷⁷. Les interventions comportementales consistant à effectuer des rappels ou à reformuler les communications de l'administration ne paraissent

⁷³ J. ALM *et al.*, « Taxpayer information assistance services and tax compliance behavior », *Journal of Economic Psychology*, 2010, vol. 31, n° 4, note 6, pp. 577-586.

⁷⁴ Voy. not. : J.-E. DE NEVE *et al.*, « How to Improve Tax Compliance? Evidence from Population-Wide Experiments in Belgium », *Journal of Political Economy*, 2021, note 39.

⁷⁵ H. GRIBNAU, « Belastingen en de burger: Over het burgerperspectief in het belastingrecht », *Tijdschrift voor formeel belastingrecht*, n° 8, 2018, p. 23 ; T.A. CRAMWINCKEL, « Lost in translation? A multidisciplinary approach on legal issues in tax communication », *The Clarity Journal*, 2016, vol. 74, pp. 13-17.

⁷⁶ K. BOER et H. GRIBNAU, « "Tax Nudges": Legal Aspects of Behaviourally Informed Strategies to Enhance Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2018, p. 221, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3295964>, note 14, p. 213.

⁷⁷ A. ALEMANNI et A. SPINA, « Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n° 2, p. 450.

pas soulever de risques importants à cet égard puisqu'elles constituent de simples mesures d'exécution et ne concernent pas les éléments essentiels de l'impôt. Certaines interventions méritent cependant une attention accrue. On peut, par exemple, évoquer la procédure en vigueur dans certains pays qui consiste à réévaluer de manière automatique la base imposable de l'impôt foncier, en laissant la possibilité au contribuable, en cas de désaccord, de contester le nouveau montant⁷⁸. On retrouve ici une exploitation du biais de *statu quo* appliqué à un élément essentiel de l'impôt à savoir sa base imposable.

Enfin, différentes études comportementales se sont penchées sur les perceptions de justice fiscale des contribuables et notamment leur rôle sur le civisme fiscal⁷⁹. Ces études permettent également de mieux comprendre quand un système fiscal est perçu comme juste ou injuste et pour quelles raisons⁸⁰.

En Belgique, plusieurs enquêtes ont été menées sur la perception de justice du système fiscal. En 2019, un sondage Ipsos a montré que, sur l'ensemble des Belges interrogés, 76 % estimaient que les grosses entreprises ne payaient pas assez d'impôts⁸¹. En 2021, le journal *De Morgen* réalisa un sondage comparable qui permit de mettre en évidence que plus de la moitié des Flamands interrogés trouvaient que le système fiscal belge était injuste et ce, essentiellement à cause d'une mauvaise distribution de la charge fiscale⁸².

S'intéresser aux perceptions de justice fiscale permet d'avoir davantage d'informations sur la manière dont les citoyens perçoivent le système et peut ainsi permettre de nourrir le débat démocratique. Une telle attention peut participer, en ce sens, au consentement de l'impôt exprimé à travers l'adoption des normes fiscales par les membres élus du pouvoir législatif.

Cependant, les perceptions de justice d'un système et la justice de ce système ne sont pas des synonymes. Les perceptions de justice peuvent notamment être sujettes à des biais⁸³. Il est donc essentiel pour le législateur d'être conscient

⁷⁸ E.E. BØ, O.E. NYGÅRD et T.O. THORESEN, « Improving housing valuation for taxation: the Norwegian case », *International Tax and Public Finance*, 2025.

⁷⁹ M. WENZEL, « Tax Compliance and the Psychology of Justice: Mapping the Field », in *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2003, p. 60 ; M.E. MARSHALL *et al.*, « In All Fairness: A Meta-Analysis of the Tax Fairness – Tax Compliance Literature », *Behavioral Research in Accounting*, vol. 36, 2024, n° 2, note 26, pp. 105-130.

⁸⁰ A. VAN DE VIJVER et A. DECUYPERE, « Tax fairness in Belgium: the perspective of organizational psychology », *T.F.R.*, 2022, n° 614, pp. 51-55.

⁸¹ CNCD-11.11.11, *La justice fiscale plébiscitée par les Belges*, 2019, disponible sur : <https://www.cncd.be/sondage-ipsos-impots-fiscalite-multinationales-belgique>.

⁸² D. THIJSKENS, « De fiscale oase België: waarom 1 op de 3 fiscale fraude het overwegen waard vindt », *De Morgen*, 27 novembre 2021, disponible sur : <https://www.demorgen.be/nieuws/de-fiscale-oase-belgie-waarom-1-op-de-3-fiscale-fraude-het-overwegen-waard-vindt-bbb80f5a/>.

⁸³ C'est le cas par exemple du « self-serving bias », voy. B. GOLDMAN et R. CROPANZANO, « 'Justice' and 'fairness' are not the same thing », *Journal of Organizational Behavior*, 2015, n° 36, p. 316.

de l'existence de ces biais lorsqu'il élabore des politiques fiscales pour éviter d'adopter des mesures injustes.

§ 2. Le principe d'égalité devant l'impôt

Le second principe constitutionnel au cœur du droit fiscal belge est le principe d'égalité devant l'impôt. Consacré de manière générale aux articles 10 et 11 de la Constitution, le principe d'égalité et de non-discrimination trouve un ancrage spécifique en matière fiscale à l'article 172 de la Constitution qui prévoit qu'« il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts » et que « nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi ». Ce principe fondamental a une implication directe pour l'administration fiscale qui doit appliquer la loi fiscale de la même manière à tous les contribuables ⁸⁴.

À nouveau, au regard du principe d'égalité devant l'impôt, le recours aux apports des sciences comportementales peut présenter des opportunités et des points d'attention. Le principal bénéfice de l'utilisation d'interventions comportementales par les administrations fiscales semble résider, à nouveau, dans son rôle au regard du renforcement du respect des règles fiscales. En effet, participer au fait que chaque contribuable paie la part d'impôts qu'il ou elle doit, contribue à garantir une application égale de la loi fiscale ⁸⁵.

Cependant, l'intégration d'apports des sciences comportementales peut également soulever des risques quant au principe d'égalité et de non-discrimination. Cette question se pose en particulier au regard des études mettant en évidence de potentiels liens entre certaines caractéristiques sociodémographiques (niveau d'étude, âge, genre, etc.) et la tendance à respecter les différentes obligations fiscales ⁸⁶. Introduire de tels apports dans les politiques fiscales — par exemple en privilégiant le contrôle des contribuables présentant des caractéristiques sociodémographiques qui se seraient avérées davantage liées à des comportements de fraude — pourrait engendrer des discriminations et par conséquent, déboucher sur une application de la loi fiscale en violation du principe d'égalité.

⁸⁴ J. VELAERS, *De Grondwet – Een Artikelsgewijze Commentaar: Deel III – De rechtsbescherming, de ondergeschikte besturen, de buitenlandse betrekkingen, financiën, de gewapende macht, algemene bepalingen*, Bruges, die Keure, 2019, p. 490.

⁸⁵ K. BOER et H. GRIBNAU, « “Tax Nudges”: Legal Aspects of Behaviourally Informed Strategies to Enhance Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2018, p. 221, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3295964>, note 14, p. 213.

⁸⁶ E. HOFMANN *et al.*, « Tax compliance across sociodemographic categories: Meta-analyses of survey studies in 111 countries », *Journal of Economic Psychology*, vol. 62, 2017, note 24, p. 66 ; S. ELBERS *et al.*, « Methodological Handbook: Strengthening tax compliance by implementing behavioural insights for revenue administration in Belgium, Austria, and Portugal », 2025, disponible sur : https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/methodological-handbook-strengthening-tax-compliance-implementing-behavioural-insights_en (consulté le 13 février 2026), note 25, pp. 27-29.

§ 3. Les principes de bonne administration

La Cour de cassation belge a reconnu, dès 1992, l'application des principes de bonne administration aux administrations fiscales⁸⁷. Les principes de bonne administration sont des principes généraux du droit⁸⁸ issus du droit administratif général recouvrant une série d'exigences qui s'imposent aux administrations dans leurs rapports avec les administrés⁸⁹. Ces exigences sont variées et incluent des impératifs aussi divers que le principe de confiance légitime, le principe d'impartialité ou encore le devoir de diligence. L'attention sera ici portée sur quelques potentiels points d'interactions entre les principes de bonne administration et le recours aux apports des sciences comportementales par l'administration fiscale.

Les autorités fiscales peuvent tout d'abord utiliser les connaissances issues des sciences comportementales pour mieux comprendre le contribuable, ce qui peut contribuer à la mise en œuvre des exigences inhérentes aux principes de bonne administration⁹⁰. Par exemple, la mise en œuvre du devoir de transparence de l'administration fiscale⁹¹ peut bénéficier des apports des sciences comportementales⁹². En effet, avec les connaissances dont on dispose sur le comportement du contribuable et sur la manière dont il perçoit l'information, fournir des informations ne semble pas suffisant pour répondre efficacement à ce devoir. La manière dont l'information est fournie par l'administration est également essentielle⁹³. La prise en compte des enseignements comportementaux peut aussi favoriser une action diligente de l'administration fiscale. Cela peut, par exemple, se matérialiser dans la mise en place d'interventions visant à favoriser le traitement et la compréhension de l'information par les contribuables ou à simplifier les procédures. En outre, les interventions comportementales visant à renforcer le respect des règles fiscales dont plusieurs exemples ont été mis en évidence ci-dessus sont moins intrusives et pénalisantes que des sanctions administratives par exemple. L'utilisation préventive d'outils comportementaux peut donc avoir pour résultat de

⁸⁷ Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, p. 680.

⁸⁸ D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in I. HACHEZ (dir.) *et al.*, *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Anthemis, 2013, p. 494.

⁸⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 166.

⁹⁰ Voy. dans le même sens : P. GRANDE SERRANO, « How Behavioural Tools Can Improve the Tax System », in *Nudging's contributions to good governance and good administration*, EPLO, 2022, pp. 232 et s.

⁹¹ Const., art. 32 ; Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17662.

⁹² Un constat similaire est fait dans le contexte administratif espagnol par M.Á. GARCÍA, F. POLANCO et E. MONTOLÍO, « Plain Writing: A Nudge to the Democratic Requirement for Transparency in Government-to-Citizen Communication », in *Nudging's contributions to good governance and good administration*, Athènes, EPLO, 2022, pp. 279-321.

⁹³ A. ALEMANNO et A. SPINA, « Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n° 2, note 77, p. 439.

renforcer la conformité fiscale et de réduire l'utilisation de techniques coercitives plus contraignantes ⁹⁴.

Ensuite, le recours aux apports comportementaux par les administrations fiscales, en tant que pratique administrative, doit aussi respecter les principes de bonne administration et peut, dans certains cas, présenter certains points d'attention à cet égard. Par exemple, la déclaration fiscale préremplie, en tant que *nudge*, peut soulever certaines questions. K. Boer et H. Gribnau font état de cette problématique dans le cadre de l'exemple néerlandais où une telle pratique a également pu être mise en œuvre ⁹⁵. Ces derniers soulignent la situation dans laquelle certaines informations erronées en faveur du contribuable auraient été indiquées dans la déclaration préremplie et se demandent quelles conséquences cela pourrait avoir par rapport au principe de légitime confiance. Le contribuable peut-il se fier aux informations reprises dans cette déclaration et s'en prévaloir ? La jurisprudence néerlandaise a pu considérer que le contribuable ne pouvait pas se prévaloir d'une erreur dans la déclaration préremplie lorsque le fonctionnaire fiscal avait corrigé directement une telle erreur pour déterminer la charge fiscale de ce contribuable ⁹⁶. Du côté du droit belge, l'ancien ministre fédéral belge des Finances avait eu l'occasion de répondre à une question parlementaire sur la présence d'éventuelles erreurs dans les propositions de déclaration communiquées par l'administration fiscale aux contribuables. Dans sa réponse, le ministre avait expliqué que la charge de la vérification de l'exactitude des données inscrites dans la déclaration préremplie reposait sur le contribuable. C'est pourquoi était insérée la formule suivante dans ces déclarations : « Vos données sont incorrectes ou incomplètes ? Vous devez nous en informer. Nous examinerons vos nouvelles données et vous enverrons, au plus tard le 30 juin 2025, un avertissement-extrait de rôle avec le calcul définitif de votre impôt » ⁹⁷.

Un autre point d'attention qui peut être mis en évidence au regard de la déclaration préremplie est le risque que les contribuables ne prennent pas le temps de vérifier cette déclaration et en oublient dès lors de mentionner des éléments importants comme de possibles déductions ⁹⁸. Ce dernier aspect peut faire écho aux

⁹⁴ J. PONCE, « Law, Nudging and Good Administration », in *Nudging's contributions to good governance and good administration*, EPLO, 2022, p. 95.

⁹⁵ K. BOER et H. GRIBNAU, « "Tax Nudges": Legal Aspects of Behaviourally Informed Strategies to Enhance Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2018, p. 221, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3295964>, note 14, p. 227.

⁹⁶ Supreme Court, 26 janvier 2018, no. 17/04130, ECLI:NL:HR:2018:93, V-N Vandaag 2018/215 cité par K. BOER et H. GRIBNAU, « "Tax Nudges": Legal Aspects of Behaviourally Informed Strategies to Enhance Tax Compliance », *SSRN Electronic Journal*, 2018, p. 221, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3295964>, note 14, p. 230.

⁹⁷ SPF Finances, exemple de « Proposition de déclaration simplifiée — années de revenus 2023 (exercice d'imposition 2024) », disponible à : <https://finances.belgium.be/sites/default/files/downloads/111-proposition-de-declaration-simplifiee-exemple-2024.pdf>.

⁹⁸ D. VAN HOUT, « Gedragsbeïnvloeding in het belastingrecht: Are you 'nudge' », *T.F.R.*, 2018, n° 549-550, p. 933.

exigences du devoir de diligence qui impose à l'administration une prise en compte minutieuse de tous les éléments pertinents avant de prendre ses décisions⁹⁹.

Ensuite, le recours aux apports comportementaux ne doit pas constituer une violation du devoir de fair-play des administrations. Tel pourrait notamment être le cas si le recours à ces enseignements vise à rendre l'accès à certains droits ou avantages plus difficile¹⁰⁰.

Finalement, de manière générale, différents auteurs insistent sur la nécessité de la transparence des recours aux sciences comportementales et de la mise en œuvre de *nudges* par les administrations. Une telle transparence est notamment essentielle pour exercer un contrôle à l'égard de ces interventions¹⁰¹.

CONCLUSIONS

Les sciences comportementales occupent une place croissante dans l'étude et la mise en œuvre des politiques publiques. Cette tendance s'observe de manière particulièrement prononcée dans le contexte fiscal. Des dizaines d'administrations fiscales à travers le monde ont ainsi déjà eu l'occasion de tester certains enseignements comportementaux dans leurs pratiques d'établissement et de recouvrement de l'impôt à travers des expériences de terrain.

Les apports des sciences comportementales et leur intégration croissante dans la pratique des administrations fiscales permettent progressivement d'affiner la compréhension du comportement des contribuables face à leurs obligations fiscales. Ces enseignements constituent également un levier supplémentaire à disposition des administrations fiscales pour renforcer le respect de ces obligations.

L'enrichissement de la compréhension du comportement des contribuables permet de fonder l'application du droit fiscal par les administrations sur une représentation plus fidèle de la réalité. Cela a naturellement des conséquences pour la mise en œuvre des principes de droit qui encadrent l'action des administrations fiscales tels que les principes de légalité, d'égalité et de bonne administration. D'abord, le recours aux enseignements des sciences comportementales peut participer à la mise en œuvre des différentes exigences inhérentes à ces principes

⁹⁹ P.-L. KRUG et E. TRAVERSA., « Repenser le devoir de diligence de l'administration fiscale », *R.G.C.F.*, 2024/4-5, pp. 335-350.

¹⁰⁰ Voy. not. à cet égard la problématique des frictions : C.R. SUNSTEIN, *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, Cambridge, The MIT Press, 2021.

¹⁰¹ C.R. SUNSTEIN, *Advanced Introduction to Behavioral Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 67 ; D. VAN HOUT, « Gedragsbeïnvloeding in het belastingrecht: Are you 'nudge' », *T.F.R.*, 2018, n° 549-550, note 98, p. 933 ; J. P. BOER, *Sturende belastingheffer een monster? Juridische kanttekeningen bij fiscaal instrumentalisme en "tax nudging"*, La Haye, SDU Uitgevers, 2013, p. 71.

en éclairant celle-ci des connaissances sur les limites, besoins et perceptions des contribuables face au système fiscal. Ensuite, ce recours par les administrations fiscales doit, lui-même, s'effectuer dans le cadre de ces principes et répondre des exigences qu'ils emportent. Pour appréhender ces deux enjeux, une mise en perspective régulière entre les apports sur le comportement des contribuables face à leurs impôts et la mise en œuvre des grands principes qui régissent le système fiscal est nécessaire.

GOUVERNANCE ET SURVEILLANCE

Surveillance juridique en tant qu'événement spatial : réflexions à partir du droit civil

par Mate PAKSY*

RÉSUMÉ

La présente étude examine la conceptualisation juridique de la surveillance, entendue comme un phénomène spatial structuré verticalement par l'autorité, tandis qu'horizontalement cet espace est conçu comme un champ homogène permettant l'exercice d'un pouvoir vectoriel. La définition est ensuite appliquée à différents domaines du droit civil, tels que la responsabilité délictuelle et le droit de la famille. La notion trouve ses racines dans l'Antiquité, dans la mesure où la surveillance est comprise comme un synonyme de *praesidium* ou de présidence, c'est-à-dire le contrôle d'un territoire donné. L'autorité est, quant à elle, synonyme de la hiérarchie qui rend l'opération de surveillance fonctionnelle « d'en haut ». Enfin, j'examine comment l'herméneutique héritée du droit civil permet, en droit public, de « surveiller le surveillant », c'est-à-dire de déterminer les limites du contrôle constitutionnel.

ABSTRACT

The present study examines the legal conceptualisation of surveillance, understood as a spatial phenomenon structured vertically by authority, whereas horizontally this space is conceived as a flat field for vectorial powers. This definition is then applied to different domains of civil law, such as tort law and family law. The very concept of surveillance is rooted in antiquity, insofar as it is understood as a synonym for *praesidium* or *presidency*, that is, the control of a given territory. Authority is synonymous with the hierarchy that renders surveillance operational from above. Finally, I discuss how the hermeneutics inherited from civil law allows public law to “surveil the surveillant”, that is, how it limits constitutional review.

INTRODUCTION

Conceptualiser la surveillance uniquement à travers la prise en compte de *la fonction répressive du droit*¹, comme le fait une lecture exclusivement foucauldienne², revient à l'assimiler à un mécanisme de contrôle social qui n'est articulé qu'autour de la criminologie comme si « [a]u cœur de tout le système disciplinaire fonctionne un petit mécanisme pénal »³. Or, une telle approche de la « pensée critique », malheureusement, tend à confondre les « institutions » et les lieux des « disciplines », ainsi qu'à occulter la complexité du phénomène juridique et, en particulier, la richesse conceptuelle propre au droit français. En effet, la « surveillance », loin d'être univoque, se manifeste dans des cadres juridiques diversifiés, souvent éloignés du champ pénal. L'objet de la présente étude ainsi a pour ambition de démontrer que cette notion, en tant que catégorie juridique, ne se laisse réduire à une logique binaire disciplinaire (« punir »/« ne pas punir »). Elle est attachée aux institutions juridiques, de ce fait elle est discursivement souple, historiquement contingente, et culturellement déterminée.

Néanmoins, nous devons admettre que le faible nombre d'occurrences en droit civil français implique à qualifier la « surveillance » comme une notion *marginale*⁴. Notre vocabulaire juridique civiliste privilégie d'autres catégories et conceptualisations — telles que l'« autorité », la « responsabilité » ou encore la « contrainte légitime » — permettant d'articuler les fonctions de contrôle juridique et d'organisation sociale par le raisonnement juridique sans recourir à l'idée de

* Professeur à l'Université Catholique de Lille.

¹ S. LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007, p. 58. : « [...] pour surveiller, il faut avoir quelque chose à surveiller. Or ce que l'on surveille, ce n'est pas les autres, mais l'adéquation des autres à ce qui est exigé d'eux, à la norme [...] Que tout soit punissable, que tout serve à punir. [...] » ; p. 60. : « [...] tout est punissable, tout est punissant ; [...] le punissable est la forme vide de l'écart ». En effectuant une comparaison avec Max Weber, Anne Brunon Ernst souligne que le but d'une autorité panoptique pour Bentham, c'est le bonheur de la communauté. A. BRUNON ERNST, *Panoptique des pauvres. Jeremy Bentham et la réforme de l'assistance en Angleterre*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2007, pp. 136-137.

² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, [1975] 1993.

³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, [1975] 1993, p. 209.

⁴ Il est vrai aussi que le terme « surveillance » ne relève qu'à peine du lexique actuel du droit civil français dans la mesure où ses rares occurrences dans le Code civil en vigueur résultent pour l'essentiel de réformes récentes. Une mention apparaît en 2002, où le terme vient remplacer celui de « pouvoir » dans un article relatif à la protection de l'enfance (C. civ., art. 373-4). Contrairement à ce que l'on pourrait supposer, la notion n'est pas fondatrice mais apparaît comme un simple ajustement terminologique. D'autres occurrences émergent dans le contexte du droit des successions (C. civ., art. 784 et 810-1), à partir de 2007, ou encore dans le cadre du contrôle juridictionnel des tutelles (C. civ., art. 416 et 411-1), où l'on observe une tentative de systématisation du contrôle des institutions de protection, selon une logique de type « surveiller les surveillants ». Le terme est également introduit dans le domaine de la responsabilité civile en 2016 (Code civil, art. 1242), pour désigner la responsabilité des instituteurs à l'égard des dommages causés par les mineurs, donc ceux placés « sous leur surveillance ».

surveillance en tant que telle. En scrutant les concepts d'« autorité » (qui détient le pouvoir ?, selon quelles modalités ?), de « responsabilité » (qui et comment doit répondre des actes accomplis ?) et de « légitimation de la contrainte » (quels sont nos droits et obligations ?), essentiellement à partir du droit civil, il devient possible de proposer une lecture plus nuancée et plus contextualisée de ce que la surveillance signifie pour les juristes civilistes.

Notre étude conceptualisera ainsi la surveillance juridique en dehors de son cadre habituel, souvent limité au droit pénal et à la criminologie. Nous avons l'ambition de la définir comme *événement spatial*, dans lequel un certain espace — envisagé *horizontalement* comme un terrain de jeu des pouvoirs vectoriels — est gouverné *verticalement* par une autorité, qui se situe au-dessus des acteurs puissants. Cette perspective multidimensionnelle invite les lecteurs à repenser la surveillance juridique non comme un simple instrument de contrôle carcéral, dérivé d'un concept de droit centré sur la sanction et la punition, mais comme un élément constitutif d'un raisonnement juridique flexible et complexe, aux origines conceptuelles et historiques multiples. Dans cette optique, la surveillance juridique mobilise essentiellement des *notions centrales* du discours juridique civiliste, telles que l'« autorité » ou la « responsabilité » en dépassant parfois les frontières entre le droit strictement « privé » et le droit « public » afin de reconnaître les droits subjectifs des citoyens. Ce dépassement paraît indiscutable, dans la mesure où, dans la *common law* britannique, la distinction entre *private* et *public law* est pratiquement inexistante. Quant au droit civil français, à l'origine, les rédacteurs du code planifiaient non seulement de codifier les contrats, mais aussi de régir les droits et devoirs des citoyens.

Nous proposons de définir la surveillance juridique par son caractère spatial. Afin d'en souligner la dimension dynamique, nous allons la définir comme un *événement*⁵. Sans doute inhabituelle en théorie et en philosophie du droit, une telle conceptualisation phénoménologique fait immédiatement apparaître une importante tension conceptuelle importante dans la mesure où le caractère imprévu d'un événement est en contradiction avec la prévisibilité juridique laquelle constitue la valeur de la sécurité juridique. Or, précisément c'est dans cet écart entre l'imprévisibilité des événements de la vie en société et le formalisme du raisonnement juridique visant à garantir la prévisibilité de la régulation, structuré par des notions et des catégories construites artificiellement, que se joue, selon notre hypothèse,

⁵ Ce que nous cherchons à accomplir ici avec ce concept, reconnu tant dans le langage ordinaire qu'en phénoménologie, est de montrer que la philosophie du droit ne peut se contenter de simplement observer et puis expliquer des comportements d'un point de vue externe en tant que faits ou *data* empiriques. Elle doit plutôt se concentrer sur l'aspect *interne* du droit, c'est à-dire sur la compréhension des événements vécus qui se manifestent à travers les actions humaines déterminées par des règles. (H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. fr., Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis [1976] 2005) à la suite de Max Weber.

la spécificité de la surveillance juridique. Nous allons revenir à cette question à la fin de notre étude.

Enfin, bien que le vocabulaire employé par notre étude ne soit pas habituel, la thèse sous-jacente est solidement étayée par les historiens et les sociologues depuis les travaux de Max Weber : le droit moderne, en développant des catégories abstraites, cherche sans cesse à regrouper selon des critères formels les événements imprévus similaires, afin de les rendre gouvernables ⁶. Ainsi comprise, la surveillance comme événement spatial s'inscrit au cœur même de la régulation juridique : elle traduit l'effort constant du droit pour anticiper et encadrer cette part du comportement humain qui devient juridiquement pertinente.

I. « SURVEILLANCE » COMME ÉVÉNEMENT SPATIAL STRUCTURÉ PAR UNE AUTORITÉ

Définir juridiquement la surveillance en prise en compte le caractère spatial du terme comme le suggère l'idée du panoptique, suppose également de *dépasser* une simple traduction fonctionnelle du terme. Or, trop souvent, mais évidemment pas toujours, les études comparatives s'appuient sur une équivalence présumée entre les termes français et anglais (« surveillance » étant assimilé à *surveillance*) sans tenir compte des décalages historiques et sémantiques qui sous-tendent leur évolution respective. Il est pourtant bien établi par les linguistes et historiens que de nombreux termes de l'anglais juridique trouvent leur origine dans l'ancien français. En retour, certains usages contemporains en français peuvent se voir contaminés par les acceptions dominantes du terme en anglais, entraînant ainsi une forme de confusion analytique. Il convient donc de déconstruire cette équivalence apparente pour interroger, à nouveaux frais, les aspects sémantiques du terme dans le contexte juridique francophone.

À cet égard, une lecture historique et linguistique s'avère éclairante. Le *Dictionary of the French and English Languages* de Thomas Nugent, publié en 1770, traduit le mot « surveillance » par *presidence*, établissant ainsi une deuxième correspondance implicite avec le latin *praesidium*, formé de *prae-* (« devant ») et *sedere* (« s'asseoir » ⁷). Cette racine latine renvoie à une *configuration spatiale*

⁶ Les juristes romains s'efforçaient de traiter les cas difficiles avant de reconnaître que les catégories formelles pouvaient servir à codifier les règles applicables à ces situations. Dans l'histoire de la philosophie du droit, ce sont les écrits du jeune Leibniz qui représentent une très belle transition entre la science juridique casuistique et la doctrine juridique rationaliste. Voy. M. PAKSY, *Penser le droit rationnellement, pour lire le monde juridiquement*, Paris, Mare et Martin, 2022.

⁷ En réalité, ce mot en soi, donc le *sēdō* (*sēdes*, *sēdi*, *sēdēre*, *sessum*), a une gamme extraordinaire de significations. Il signifie non seulement « rester assis » ou « s'asseoir », mais englobe également les actions des animaux qui s'installent, des juges qui se réunissent en conseil et des soldats qui restent au camp. En tant qu'activité, il implique plus que le simple fait de rester inactif ou de rester sur place ; il

bien précise : une position située en avant d'un espace à protéger ou à encadrer. Paru simultanément en France, dans *L'Encyclopédie* de d'Alembert et de Diderot, ce terme désigne ce que l'on place « au-devant de quelque chose pour la conserver »⁸. Déjà dans l'Empire romain, la spatialité du concept devient évidente dans la mesure où le *praesidium* était un lieu ; notamment, un lieu fortifié, souvent occupé par des troupes étrangères, destiné à sécuriser un territoire ou à prévenir les soulèvements internes. Il en ressort une compréhension de la surveillance comme une disposition spatiale ordonnée à une fonction d'observation, d'inspection ou de contrôle.

Telle dimension spatiale peut constituer le premier axe de notre conceptualisation juridique de la surveillance. En droit aussi, la surveillance suppose une relation entre deux entités au moins : celle qui surveille et celle qui est surveillée. Elle s'incarne dans une *interaction asymétrique* rendue possible par une différenciation spatiale entre l'agent, ayant l'autorité, situé au-dessus des autres agents. Cette logique structurelle repose sur le principe, déjà formulé dans la pensée antique par Anaxagore, du *segregatus ut imperet* — « séparé pour commander »⁹ — selon lequel toute autorité exige une forme de séparation spatiale pour pouvoir s'exercer. Loin d'être seulement une posture symbolique, cette séparation produit un espace différencié qui fonde la légitimité du contrôle exercé par une *autorité verticalement supérieure*. Les auteurs modernes, absolutistes-séculaires comme Jean Bodin, Jean-Jacques Rousseau ou Thomas Hobbes conceptualisent aussi le pouvoir souverain illimité comme une entité « monadique » et sécularisée à l'image d'une personne divine omnipotente, ontologiquement séparé et située au-dessus des citoyens¹⁰.

inclut le fait d'hésiter, de procrastiner, de s'installer et de rester silencieux. En outre, il peut signifier s'ancrer, s'enfoncer, pénétrer, percer, tomber, s'abaisser ou s'effondrer. En tant qu'espace, il peut également « être situé » ou « s'étendre », tout comme le brouillard ou la neige « tombent » ou « s'épaississent ». En relation avec le comportement humain, il décrit comment les vêtements peuvent adhérer ou coller, comment les navires peuvent s'échouer et comment les armes ou les projectiles fonctionnent. Au sens figuré, il peut indiquer être établi, être certain, être décidé ou rester gravé.

⁸ « PRÆSIDIUM (Géogr. anc.) mot latin qui se prend en général pour tout ce que l'on met au-devant de quelque chose pour la conserver. On l'a employé dans les itinéraires romains, pour désigner certains lieux hors des camps militaires, & dans lesquels on tenoit un certain nombre d'hommes en garnison, pour rendre le pays plus assuré contre tous événements ». « Praesidium », in D'ALEMBERT et DIDEROT, *L'Encyclopédie*, 1^{re} éd., 1751 (t. 13, pp. 258-259). Texte téléchargé de Wikisource. Pour les générations qui ont appris le latin au lycée, comme l'auteur présent, un exemple bien connu de ce concept se trouve dans le discours de Cicéron contre Catilina. Dans ce discours, Cicéron explique que non seulement les membres du Sénat, mais même les gardes, étaient au courant du complot de Catilina.

⁹ La source de citation : J. MARITAIN, « The Concept of Sovereignty », *American Political Science Review*, 44 (1950), pp. 346-347.

¹⁰ J. MARITAIN, « L'Homme et l'État », in *Œuvres Complètes*, vol. IX. [1947-1951], Fribourg, Suisse/Paris, éd. Universitaires/ éd. St Paul, 1990, p. 519. : « La Souveraineté ne signifie rien ou elle signifie un pouvoir suprême *séparé* et *transcendant* — non au sommet, mais *au-dessus* du sommet [...] ». Chez Bodin (J. BODIN, *De la République*, Paris, Jacques de Puys, 1583, p. 215 : « par-dessus tous les subjects ».)

Peut-être que l'architecture, en plus de la théorie du droit, constitue l'un des domaines les plus propices pour comprendre la surveillance comme un événement — c'est-à-dire comme quelque chose en train de se produire activement. Cette caractéristique, ce « caractère d'occurrence » de la surveillance, rend visible la spatialité du concept. Cette idée n'était pas inconnue dès l'époque de l'Empire romain et s'est prolongée au Moyen Âge, période au cours de laquelle des constructions de forme circulaire ont commencé à apparaître. L'exemple le plus célèbre de la Renaissance est la rotonde développée par Palladio à Vicence, en Italie. Néanmoins, l'une des premières conceptualisations robustes de surveillance spatiale se trouve plus tard, notamment dans le Panoptique imaginé par les frères Bentham, Jeremy et Samuel. Le panoptique était un instrument visant à optimiser la conduite sociale, notamment l'efficacité du travail. Le premier projet *architectural panoptique* vit le jour à Saint-Petersbourg à l'initiative de Samuel Bentham. Ainsi, le panoptique benthamien n'était pas exclusivement destiné aux prisons, car le « principe panoptique [...] peut s'appliquer avec succès à tous les établissements où l'on doit réunir l'inspection et l'économie [...] [dans un espace où] un seul homme [dirige] les travaux d'un grand nombre ».

Nous voyons ainsi que la surveillance en tant qu'un événement n'est pas susceptible de traiter sans autre concept, dans ce contexte, à travers l'éclaircissement de la notion de l'autorité, bel et bien séparée de « pouvoir »¹¹. Il va de soi que, dans une république, les individus — source ultime de la légitimation de l'autorité — demeurent puissants grâce aux concepts de droits subjectifs¹². Parmi tous les droits, les plus efficaces sont évidemment le droit de vote et la liberté d'expression, qui garantissent la participation libre au processus législatif. Cela conduit à un paradoxe, bien identifié par Maritain : dans une république, les citoyens doivent instituer une autorité placée au-dessus d'eux-mêmes. Néanmoins force à constater que la sémantique du mot « autorité » lui-même — dérivé du latin *augere* (« faire croître », « élever ») — se repose sur une autre dynamique spatiale, notamment la dimension verticale, une forme de montée en position. L'opération effectuée par une autorité ne se réduit pas à une simple compétence ; elle désigne une capacité normative à structurer le comportement des autres d'en haut. Enracinée dans la tradition positiviste, la thèse de la justification

¹¹ Sur la distinction entre pouvoir [*Macht* / *potestas*] et autorité [*Autorität* / *auctoritas*], voy. C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, trad. fr., Paris, PUF, 1989, pp. 211 et s. Lorsque nous observons des objets posés sur une surface, comme des boules de billard reposent sur la table, nous avons l'occasion d'apercevoir les forces déterminantes que leurs mouvements spatiaux possèdent les vecteurs horizontaux. Dans notre modèle, la surveillance intègre le concept d'autorité d'une manière horizontale, et la puissance d'une façon verticale tout en admettant que dans la nature, qui est régie par la causalité et les lois comme la loi de la gravitation, il n'existe pas de hiérarchie inhérente : la hiérarchie n'est qu'une construction sociale.

¹² J.-Fr. KERVÉGAN, *Puissance des droits. Théorie, histoire, critique*, Paris, PUF, 2025.

« normale » de l'autorité — élaborée par Joseph Raz — propose une définition remarquable : une autorité légitime possède la capacité de fournir à ses sujets des raisons pratiques de se conformer à ses directives, indépendamment de contenu de leur jugement propre¹³. L'autorité agit alors comme un médiateur entre l'individu et les bonnes raisons d'agir, réduisant ainsi les risques d'erreur ou de conflit. Toujours selon Raz, il convient également de distinguer plusieurs types d'autorité : une autorité pratique, comme l'État qui édicte des normes, et une autorité épistémique, comme un médecin ou un conseiller, dont le rôle est d'éclairer le contenu d'un jugement. Ainsi, tandis que le législateur prescrit de ne pas fumer dans un espace non-fumeur (peu importe, dès lors, si le fumeur s'abstient parce qu'il obéit à la règle ou parce qu'il a oublié son paquet de cigarettes à la maison), le médecin traitant se contente de suggérer l'abandon du tabac comme un moyen pertinent si le fumeur souhaite augmenter sa propre longévité.

Cependant, aucune autorité n'est opératoire en dehors d'un contexte spécifique : elle est toujours incarnée dans une organisation de l'espace. De même que le Dieu invisible surveille ses créatures humaines selon les religions monothéistes, l'organisation spatiale joue un rôle crucial dans le développement de la conscience juridique, notamment par le contrôle qu'elle rend possible. Malgré leur légitimation discutable, cette influence exercée par l'autorité peut également passer par des *moyens non verbaux*, tels que le design architectural « intelligent » ou les technologies comportementales comme les *nudges* imposant subtilement des mécanismes de surveillance au sein d'environnements socialement et juridiquement codifiés. Ainsi, la surveillance peut être décrite comme un phénomène situé dans un espace différencié, mais structuré par une autorité verticale, parfois matérielle, parfois symbolique. Cette autorité ne se manifeste pas toujours par l'usage direct de la force et de la violence, mais par une capacité à orienter, normaliser et parfois neutraliser les comportements.

En somme, penser la surveillance en termes juridiques, c'est la considérer comme un événement spatial structuré par une autorité « supérieure », c'est-à-dire un agencement différencié du pouvoir dans l'espace, horizontalement et verticalement, organisant les relations entre les sujets sans nécessairement recourir à la sanction et la pénalisation.

¹³ La justification dite « normale » (J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 53) est le pratique « [...] to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly ».

II. LA VALIDITÉ JURIDIQUE COMME SUBSTITUT DE LA PRÉSENCE PHYSIQUE D'UNE AUTORITÉ : LE REGARD JURIDIQUE DANS L'ESPACE

Dans les espaces où la présence physique de l'autorité est assurée, les mécanismes de surveillance fonctionnent selon une logique manifeste de contrôle : le regard est incarné, l'autorité localisée. Toutefois, lorsque cette présence se fait invisible ou absente, le droit intervient comme un substitut structurel, prolongeant la portée de l'autorité au-delà de sa manifestation physique. Cette fonction est rendue possible par la notion juridique fondamentale (mais largement ignorée par les chercheurs hors du champs juridique) de *validité*.

Chaque orientation philosophico-juridique a sa propre définition de terme. Tandis que les théoriciens du *droit naturel* estiment que la validité d'une règle juridique découle du contenu d'une règle juridique supérieure, voire d'un principe éthique, les éminents *positivistes juridiques*, tel que John Austin, considèrent le droit comme un simple ordre émis par une instance plus puissante qu'un individu obéissant. L'acte d'obéissance en soi reste indépendant du contenu juridique. L'école *normativiste*, fondée par Hans Kelsen et Herbert Hart, rejette ces deux points de vue. En se focalisant sur la validité juridique, ils opposent à l'école du droit naturel, notamment, ils séparent l'acte de l'obéissance juridique du contenu de règle juridique. Or, d'un autre côté, ils soutiennent aussi que les règles juridiques ne peuvent être considérées comme de simples ordres, car, précisément à cause de la notion abstraite de validité, dans la mesure où elles ne dépendent pas de la présence physique d'un agent puissant. Par exemple, l'acte d'un bandit exigeant de l'argent sous la menace de la violence imminente ne peut être considéré comme « droit ». Au contraire, les normativistes considèrent les règles juridiques comme faisant partie intégrante d'un système juridique établi, où les critères d'appartenance à ce système sont définis par le droit lui-même, indépendamment à la fois du contenu juridique de la règle et à la présence physique de l'agent puissant. Plus largement, la vision normativiste de la théorie du droit suggère que le système juridique fonctionne intégralement comme une forme de surveillance impersonnelle, invisible et abstraite ; comme un regard normatif qui guide le comportement même en l'absence d'un surveillant physique. La critique adressée à la théorie austinienne du commandement, que Hart et Kelsen ont développée, chacun de leur côté ¹⁴, repose précisément sur l'incapacité de la théorie d'Austin à expliquer comment une règle contraignante peut s'exercer sans sanction immédiate, ni autorité visible *in situ*.

¹⁴ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. fr., Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis [1976] 2005, ch. II., pp. 37 et s. ; H. KELSEN, « The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence », *Harvard Law Review*, vol. 55, n° 1 (1941), pp. 44-70.

D'un point de vue *généalogique*, cette capacité du droit à agir sans être vu n'est pas sans rappeler certaines structures de la théologie monothéiste de la corporalité du pouvoir¹⁵. L'idée d'un regard omniscient, médiatisé par des institutions (telles que l'Église ou les parlements) *comme membres du corps politique*, trouve un prolongement séculier dans les dispositifs juridiques de surveillance étatique¹⁶. À l'époque médiévale, l'autorité politique est pensée à l'image du divin : invisible mais agissante, transcendante mais incarnée dans un corps. La fonction du roi repose sur une délégation symbolique du regard ubiquiste divin. Kantorowicz résume cette vision à travers sa célèbre métaphore des « deux corps du roi » : un corps physique et un corps politique, dont la vue est omniprésente.

Dans le contexte moderne, cette métaphore se sécularise. L'État devient le détenteur du regard légitime, agissant dans un territoire délimité, à partir duquel il organise la surveillance. Ce *territoire* constitue l'assise spatiale de l'autorité¹⁷. La surveillance s'y déploie selon une double logique : celle de la visibilité active (le pouvoir de voir) et celle de la visibilité passive (l'obligation d'être vu). En droit public, c'est bien le territoire — juridiquement circonscrit — qui définit le champ d'application de la surveillance étatique. En philosophie politique, cette territorialité de l'autorité a été pensée tantôt à partir de la souveraineté, tantôt comme une forme de propriété collective. L'espace devient à la fois objet du pouvoir (ce sur quoi on exerce l'autorité) et source de légitimité (ce qui justifie qu'on l'exerce). L'autorité doit donc elle-même rester visible, ou du moins identifiable : cette exigence de transparence spatiale s'inscrit dans une continuité théologique, où la légitimité se mesure à la clarté du regard porté. Quant au droit, à travers la validité, il permet de prolonger ce dispositif. Il ne regarde pas au sens strict, mais produit une norme dont l'effet est équivalent à celui du regard. Il impose une pression diffuse et constante, dans laquelle le sujet de droit intériorise l'autorité : il se sait surveillé, même en l'absence d'un observateur. Le droit devient ainsi un cadre spatial normatif, structurant les conduites par la seule force de sa validité reconnue.

¹⁵ E. MORIN et A. B. KERN, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 1993 ; J.-Fr. VINCENT, D. DORY et R. VERDIER (dir.), *La construction religieuse du territoire*, Paris, L'Harmattan, 1995.

¹⁶ M. STOLLEIS, *The Eye of the Law: Two Essays on Legal History*, trad. T. DUNLAP, Abingdon, Birkbeck Law Press, 2009.

¹⁷ Les juristes sont « obsédés par le territoire », selon l'étude classique de Scelle : G. SCELLE, « Obsession du territoire », *Symbole Vergleich*, La Haye, Martinus Nijhoff (1958), pp. 347-361. Et il est vrai que l'écrasante majorité des conceptualisations classiques de l'État, développées par Georg Jellinek, Félix Somló ou Hans Kelsen, incluent le « territoire » (aux côtés de la « population » et du « souverain ») dans sa définition, afin d'exclure les peuples dits « nomades » de cette dernière. Par implication, les territoires sans être colonisés furent considérés comme *terra nullius*, précisément comme une *res nullius* peut être le sujet d'une acquisition libre aussi. C. KIERAN et DOLIN, « 'A Beautiful Fiction of Law': Rhetorical Engagements with *Terra Nullius* in the British Periodical Press in the 1840s », *Journal of Victorian Culture*, vol. 18, 2013 n° 4, pp. 498-515.

III. PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET RÉSISTANCE

Avec les nouvelles technologies, les intrusions aux sphères privées et semi-privées, comme le lieu du travail, se multiplient non seulement quantitativement (p. ex. surveillance des chambres mises en locations) mais aussi qualitativement (p. ex. contrôle numérique de contenu d'un ordinateur privé). La surveillance « ordinaire » s'étend désormais verticalement vers le ciel¹⁸ et horizontalement à toutes les petites relations interpersonnelles, telles que l'intérieur d'un véhicule semi-autonome¹⁹ loué à long terme. Cette récente transition de l'État de droit vers une société de surveillance est largement soutenue par un changement idéologique important résultant de l'érosion des institutions fondamentales du droit civil, notamment la disparition du *caractère absolu* des droits de propriété privée.

Les théories *médiévales* de la propriété accordaient au roi un pouvoir absolu sur la terre. Pour cette raison, chaque membre de la communauté politique, structurée par une hiérarchie sociale stricte, n'était autorisé à utiliser la terre qu'avec la permission du roi. En contrepartie, ils avaient certaines obligations, telles que le paiement d'impôts, le service militaire ou le travail physique. Sans surprise, les théories absolutistes de la propriété privée justifient également ce pouvoir comme pouvoir absolu. La structure postféodale des droits et devoirs d'un propriétaire prolonge la structure absolutiste médiévale : si tous les sujets sont obligés envers le roi en tant que seul propriétaire de la terre et le roi lui-même n'est obligé envers personne d'autre, le propriétaire individuel aussi possède un pouvoir illimité sur sa propriété. Quant à tous les autres personnes, elles sont tenues de respecter la relation juridique absolue entre la personne et la propriété.

Le juriste anglais William Blackstone²⁰ décrivait ainsi la propriété comme une forme de *domination despotique*. En tant qu'un droit d'exclusion, ce qui en fait un dispositif juridique de résistance à la surveillance extérieure. Lorsqu'on retrace les formes de résistance au contrôle de l'autorité — plus communément désigné sous le terme de surveillance —, l'argument fondamental s'ancre naturellement dans la théorie de la propriété privée²¹. Cette doctrine trouve ses origines dans

¹⁸ J. FRIEDMAN, « Prying Eyes in the Sky: Visual Aerial Surveillance of Private Residences as a Tort », *Columbia Science and Technology Law Review*, 4 (2002-2003), pp. 1-49.

¹⁹ Voy. aussi T. JANNUSCH *et al.*, « Surveillance and Privacy — Beyond the Panopticon. An Exploration of 720-degree Observation in Level 3 and 4 Vehicle Automation », *Technology in Society*, 66 (2021) ; M. SCHELLER et J. URRY, « The City and the Car », *International Journal of Urban and Regional Research*, 24 (2000) 4, pp. 191-226.

²⁰ W. BLACKSTONE, *Commentaries*, 2-1, 1 (reprinted in *Perspectives on Property Law*, pp. 45-46, R. C. ELLICKSON *et al.* (eds), 1995) : *There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property ; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.*

²¹ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

la théorie des droits de propriété de John Locke, laquelle a exercé une influence déterminante sur la pensée politique moderne. Locke soutenait que les individus possèdent des droits naturels à la propriété, disposant de la capacité d'exclure autrui de l'exercice de ce même droit.

Dans le cadre conceptuel lockéen, l'individu est propriétaire non seulement de ses biens matériels, mais également de ses pensées et son propre corps²². Ce principe met en lumière la relation intrinsèque entre propriété et autonomie personnelle, constituant ainsi la pierre angulaire des arguments opposés à une surveillance gouvernementale intrusive. Étant donné que deux individus ne peuvent détenir un pouvoir illimité sur un même bien, Locke s'est vu contraint d'élaborer sa théorie du contrat social comme fondement d'un droit naturel de la propriété du soi comme condition présociale. Robert Nozick, dans *Anarchy, State, and Utopia* (1974), développe l'idée qu'une société sous un *État minimal* pourrait émerger seulement si des propriétaires privés s'associaient librement sous certaines règles communes, garantissant mutuellement leurs droits sans surveillance étatique centralisée. Dans cette perspective, la propriété privée devient le rempart ultime contre la surveillance : contrôler un espace, c'est pouvoir y interdire l'intrusion, l'observation, l'enregistrement effectués par une personne tierce.

Cependant, la conception anarcho-capitaliste de la vie privée comme zone de souveraineté absolue rencontre rapidement des limites. La conséquence en est une limitation de la prise de décision décentralisée du propriétaire²³ sur lui-même, mais aussi une porte ouverte à certaines formes de surveillance légitime ou légalisée, notamment dans l'intérêt public. De plus, la notion de *pouvoir exclusif* sur un bien entraîne un problème juridique : si plusieurs entités (individu et État) revendiquent un droit de contrôle illimité sur le même espace, un conflit normatif émerge. Ainsi, la surveillance publique ne s'impose pleinement que lorsque l'espace sort du domaine privé — c'est-à-dire lorsqu'il est non approprié, partagé ou institutionnellement public.

²² J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, in C. B. MACPHERSON (ed.), Indianapolis/Cambridge, Hackett, 1980, chap. V. « On Property », § 27 : « *every Man has a property in his own person. This no body has any right to but himself* » (p. 19). Les théories contemporaines de propriété de soi viennent de la théorie libertarienne de Nozick (lui-même inspiré par Locke). Son but consiste à justifier l'acte de l'acquisition primaire d'une chose d'où découle la légitimité de toutes les acquisitions subséquentes. Pour éviter les chaînes infinies de l'acquisition, l'acte de la première acquisition est défini comme légitime seulement si les individus sont propriétaires de leurs corps. (W. KYMLICKA, *Les théories de la justice. Une introduction*, trad. fr., Paris, La Découverte 2003, pp. 118 et s.) Pourtant, comme le montrent Saleh, Potter et Foley, le droit américain ne reconnaît pas que nous soyons propriétaires de notre corps en tant que propriété privée au sens strict. Le corps humain est inaliénable : on ne peut pas le vendre, ni l'évaluer comme un bien marchand. Les tribunaux refusent souvent de monétiser les atteintes corporelles, affirmant que le corps humain est au-delà de toute valeur économique. M. SALEH, H. POTTER et K. FOLEY, « Law's Body », 74, *Mercer Law Review* (2023) 3, pp. 1023-1040.

²³ R. RAO, « Property, Privacy, and the Human Body », 80, *B. University Law Review* (2000), 359, p. 418.

Ce schéma produit une géographie de la surveillance fondée sur la visibilité de la propriété : plus un espace est clairement identifié comme appartenant à un individu, moins la surveillance extérieure y est tolérée. Cette idée est illustrée par la célèbre maxime *My home is my castle* : le domicile, espace sacré de la vie privée, devient une forteresse contre le regard public. Inversement, dans les espaces publics tels que les gares ou les aéroports — que les géographes comme Marc Augé appellent parfois des « non-lieux » — la surveillance est omniprésente²⁴. Ces espaces *déterritorialisés* (p. ex. aéroports, gares, centres commerciaux), dépourvus d'ancrage communautaire ou symbolique, se caractérisent par des interactions éphémères, ce qui facilite et justifie une surveillance accrue.

Le droit exclusif de propriété a longtemps servi de pilier fondamental à la Constitution américaine, protégeant non seulement les objets matériels sous notre contrôle, mais également nos espaces personnels. Le 4^e Amendement garantissant aux citoyens une protection contre les perquisitions et saisies abusives, offre une base textuelle solide pour la protection des biens tangibles — tels que le domicile et les effets personnels. Toutefois, cette protection constitutionnelle devient *problématique* lorsqu'elle est étendue aux entités immatérielles, comme le contrôle électronique et numérique de l'habitat, y compris les technologies intelligentes susceptibles de surveiller et de collecter des données sur les activités privées.

Le juge américain Louis Brandeis²⁵ affirmait déjà au début du XX^e siècle que les atteintes à la vie privée peuvent s'introduire de manière insidieuse, sans trace physique ni preuve tangible. Cette intuition annonçait les problèmes contemporains liés à la surveillance numérique, algorithmique et prédictive, où l'intrusion ne passe plus par l'espace matériel comme le terrain, mais par la capture de données comportementales dans des espaces hybrides — à la fois privés, publics et numériques. Pour certains juristes, le *droit à la vie privée* [*privacy*] reste malgré tout une prolongation spatiale de la propriété de soi pour protéger notre droit à la vie privée²⁶. Le changement de paradigme repose ainsi sur un nouvel ancrage dépassant la seule revendication de la propriété privée, notamment incarné dans la célèbre formulation du droit à *privacy* (*right to be left alone*). Cette évolution témoigne d'une reconnaissance croissante de la nécessité d'étendre les protections

²⁴ M. ANTONIOLI, *Géophilosophie de Deleuze et Guattari*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; S. ELLEN, « Missing the point: globalization, deterritorialization and the space of the world », 30, *Transactions of the Institute of British Geographers*, (2005) 1, pp. 8-19.

²⁵ T. K. CLANCY, « What Does the Fourth Amendment Protect : Property, Privacy, or Security? », 33, *Wake Forest Law Review*, (1998), p. 307 : *Justice Brandeis [...] deemed it insignificant that the wiretapping connection was made outside of the home, pointing out that invasions of privacy could easily occur without evidence of physical trespass.*

²⁶ B. ACKERMAN, « Liberating Abstraction », 59 *University of Chicago Law Review* (1992) 317, 347 : *both rights [right of private property et privacy] implicates the same abstract principle: "the right to exclude unwanted interference by third parties".*

de la vie privée aux dimensions intangibles de l'existence personnelle, dans un monde de plus en plus numérisé. Toutefois, ce tournant bénéficie malheureusement de beaucoup moins de fondements textuels dans la Constitution américaine que les droits de propriété privée, soulevant ainsi des interrogations quant à la capacité des cadres juridiques actuels à protéger les individus face aux pratiques de surveillance contemporaines.

IV. SURVEILLANCE ET RESPONSABILITÉ CIVILE

Dans le cadre de la recherche sur la signification juridique de la surveillance, revenons à l'Encyclopédie française !

Dans le passage latin cité par d'Alembert et Diderot, qui explique les fonctions militaires de la surveillance, plusieurs concepts clés apparaissent, notamment celui de *custodia*. Il se lit comme suit : *In tutelam provinciarum praesidia atque custodias ubique disposuit per Mosam flumen, per Albim, per Visurgim*²⁷. Si le terme *custodia* (que l'on retrouve dans l'expression *praesidia atque custodias*) est aujourd'hui associé à l'institution pénitentiaire²⁸ — tant dans la Rome antique que dans le système américain contemporain, où il désigne la garde ou la surveillance des détenus en détention provisoire (*custody*) —, il est particulièrement intéressant d'en explorer le sens en droit civil romain.

En effet, *custodia* ici semble préfigurer une forme de *responsabilité objective*, c'est-à-dire une responsabilité indépendante de toute faute personnelle²⁹. Bien que ce type de responsabilité n'ait été conceptualisé qu'à partir du XIX^e siècle dans les systèmes juridiques modernes, il convient de souligner que *custodia*, en droit romain, renvoie à une situation dans laquelle une personne peut être tenue responsable d'un dommage, même en l'absence de faute identifiable. Van den Bergh³⁰ insiste sur le fait que, dans le droit romain classique, *custodia* ne constituait pas une catégorie générale de responsabilité (*Haftungstypus*), mais une obligation spécifique découlant de l'incapacité à conserver des objets confiés dans un but

²⁷ Pour la protection des provinces, il établit des garnisons et des postes de garde le long des fleuves Meuse, Elbe et Weser.

²⁸ Y. RIVIÈRE, « L'incarcération dans la Rome antique », 14 *Socio* [En ligne] (2020), consulté le 16 avril 2025, URL : <http://journals.openedition.org/socio/10411>.

²⁹ D. H. VAN ZYL, « Custodia Ventris and Custodia Partus », *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)* 32 (1969) 1, pp. 43-49 ; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, « Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia », 43, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, (1975) 1-2, pp. 59-72 ; C. PELOSO, « Custodia, Receptum and Contractual Liability. New Outlook of Dogma of Civil Law in Light of Roman Casuistic Method », *Ius Romanum*, (2016) 1, pp. 274-300.

³⁰ G. C. J. J. VAN DEN BERGH, « Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia », 43, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, (1975) 1-2.

lucratif. De même, Geoffrey MacCormack³¹ souligne que *custodia* ne doit pas être comprise comme une norme générale de responsabilité, mais plutôt comme une forme particulière d'obligation contractuelle. Ces analyses convergent vers l'idée que la *custodia* trouve sa justification première dans un principe d'équité : quiconque accepte de conserver les biens d'autrui contre rémunération doit le faire à ses propres risques³².

L'étude publiée par D. H. Van Zyl³³ est particulièrement intéressante car elle fait la distinction entre « inspection » (observation) et *custodia* (garde). Dans l'étude, il y a l'exemple de l'absence de père, notamment à la suite d'un décès ou d'un divorce. Dans cette situation, une femme enceinte, séparée physiquement de son mari, est placée en custodie, c'est-à-dire sous la tutelle d'un groupe spécifique de personnes respectées qui la surveillent pendant cette période. Cette distinction entre « inspection » et *custodia* est fondamentale. Il existe une procédure appelée *inspectio ventris*, qui implique que cinq femmes libres examinent l'état de grossesse de la femme. En revanche, la *custodia ventris* désigne la responsabilité de surveiller la chambre et l'entrée de la femme enceinte pendant le dernier mois de sa grossesse. Ces gardiens avaient le pouvoir d'arrêter toute personne tentant de pénétrer dans la chambre. Enfin, la *custodia partus* était une inspection de la naissance d'un nouveau-né, mais par les gardiens de la *custodia ventris*. On voit donc que la *custodia*, même dans un sens technique sans référence à une situation concrète de responsabilité, comprend des éléments de garde et d'inspection.

V. DILIGENCE, PARENTÉ, AUTORITÉ

Dans un sens non technique (ainsi, en dehors de la sphère de la responsabilité), le terme *custodia* implique du moins une diligence, autrement dit, une obligation de garder ou de prendre soin de quelque chose ou de quelqu'un. Nous en sommes venus maintenant à analyser l'institution sociale paradigmatique de la civilisation occidentale, à savoir la « famille », régie par « l'autorité parentale ».

³¹ G. MACCORMACK, « Custodia and culpa », 89 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, (1972), pp. 149-219.

³² Ne nous laissons pas induire en erreur par le mot « risque » dans ce contexte ; les concepts clés se trouvent ailleurs. En sciences sociales, « observer », dans le sens de simplement regarder, est souvent associé au « pouvoir », car la personne comme objet de regard semble être hiérarchiquement en dessous de la personne qui la regarde. Cependant, tout au long de l'histoire, et en particulier dans l'histoire du droit, la « surveillance » indique une relation normative qualitativement différente de l'observation liée au pouvoir. Précisément, c'est l'éthique et le droit qui permettent d'attribuer la responsabilité des actions surveillantes tout en limitant le pouvoir.

³³ D. H. VAN ZYL, « Custodia Ventris and Custodia Partus », *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)* 32 (1969) 1.

Étant fait partie des institutions de base ³⁴, cette version de l'autorité est considérée plus primordiale par rapport à d'autres notions juridiques comme responsabilité ou surveillance. Nous en sommes venus maintenant à analyser l'institution sociale paradigmatique de la civilisation occidentale, à savoir la « famille », régie par « l'autorité parentale ». Il s'agit d'une notion centrale, d'une catégorie sémantiquement plus large que la « responsabilité » et encore plus que la « surveillance » ³⁵.

Or, dans ce contexte juridique, *custodia*, c'est essentiellement la *diligence*, autrement dit, une obligation de garder ou de prendre soin de quelque chose ou de quelqu'un. Mais qui doit être diligent vis-à-vis des plus vulnérables, notamment les enfants et les mineurs ? En répondant à cette interrogation par le lexique pouvoir, puissance et violence, c'était Thomas Hobbes qui proposa dans son *Léviathan* une nouvelle distinction entre l'état de nature et l'état civil ³⁶. Dans l'état civil, la loi désigne généralement le père comme porteur du pouvoir sur l'enfant. Toutefois, dans l'état de nature, en l'absence de contrat entre les parents, la filiation paternelle devient incertaine. Dès lors, c'est la mère qui possède le pouvoir, puisqu'elle est celle qui assure la subsistance de l'enfant. Ce pouvoir de nourrir devient une source vitale d'obéissance, conférant à la mère un pouvoir jusqu'à laisser l'enfant décéder sans alimentation.

Rudolf von Jhering ³⁷ souligne que déjà chez les romains, il s'agit d'un groupe structuré juridiquement autour du *paterfamilias*, lequel inclut l'épouse, les enfants, les esclaves et les biens patrimoniaux. En termes d'architecture du pouvoir, le *paterfamilias* est sans aucun doute investi de pouvoirs presque sans limitation : il détient tous les droits sans être soumis à des responsabilités équivalentes. Son autorité domestique ou de supervision prend plusieurs formes juridiques : *potestas* sur les enfants, *manus* sur sa femme, *domus* sur les esclaves et *patronatus* sur les affranchis et les clients de la maisonnée. De plus, dans la mesure où la famille est considérée comme une communauté religieuse, le père agit également en tant

³⁴ *The Cambridge Rawls Lexicon*, pp. 55-58 DOI : <https://doi.org/10.1017/CBO9781139026741.019>, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 : [...] *the family is part of the basic structure, since one of its main roles is to be the basis of orderly production and reproduction of society and its culture from one generation to the next* [...] (accès : le 26 novembre 2025).

³⁵ L. R. YANKWICH, « Aspects of Roman Civil Law », *Southern California Law Review*, 26 (1953) 3, pp. 292-310.

³⁶ T. HOBBS, *Leviathan* with Selected Variants from the Latin Edition of 1668, in E. CURLEY (ed.), Indianapolis/Cambridge, Hackett Pub., 1994, Ch. XX. [5] « On Education », « *If there be no contract, the dominion is in the mother... Again, seeing the infant is first in the power of the mother, so as she may either nourish or expose it, if she nourish it, it oweth its life to the mother, and therefore obliged to obey her rather than any other, any by consequence the dominion it is hers* » (p. 129). Il est indubitable que la vision de Locke est moins despotique que celle de Hobbes. Bien qu'il conceptualise l'autorité paternelle aussi en termes de pouvoirs [*paternal power*], il définit les parents plutôt comme législateurs ayant juridiction temporaire sur les enfants. J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, in C. B. MACPHERSON (ed.), Indianapolis/Cambridge, Hackett, 1980, Chap. VI. « Of Paternal Power », § 55.

³⁷ R. VON JHERING, *Histoire du développement du droit Romain*, trad. fr., Paris, A. Marescq, 1900, p. 46.

que prêtre³⁸. Or, Yan Thomas³⁹ montre que l'autorité paternelle n'était pas entièrement factuelle, mais qu'ils étaient bel et bien *limités par des règles juridiques* distinctes à l'époque romaine. Si un père tuait son fils sans raison valable, il était également lynché. Par conséquent, *de vita necisque potestas* [pouvoir de vie et de mort] ne signifiait pas que les pères avaient le droit d'imposer la peine capitale à leurs femmes ou à leurs fils, du moins sans jugement légal. Ce contexte met en évidence deux types de rôles parentaux : le parent *gardien*, qui a la garde physique de l'enfant et partage le même espace de vie, et le parent *non-gardien*, qui est toujours considéré comme un parent en termes biologiques mais n'a pas la même relation directe avec les enfants. Hobbes a reformulé ce concept en suggérant que le véritable parent (ou parent gardien) est celui qui détient le pouvoir de vie et de mort sur l'enfant.

Cela nous amène à la question de *l'autorité parentale*. Et c'est aussi dans ce contexte qu'il faut introduire le concept d'autorité. En effet, la distinction entre *autoritas* (autorité) et *potestas* (pouvoir ou *imperium*⁴⁰) peut encore être justifiée par le fait que l'autorité implique une forme de légitimation particulière, contrairement au pouvoir brut, permettant de maintenir sa position même en l'absence physique de la personne investie de l'autorité en question.

La distinction entre *autorité* et *potestas* prend tout son sens en cas de dissolution du mariage, que ce soit par le décès du père ou, si le mariage est considéré comme un contrat, par le divorce. Dans ces situations, l'absence de l'un des parents soulève des questions juridiques complexes sur l'attribution de l'autorité parentale et des droits qui en découlent. C'est dans ce contexte que le Code civil français de 1804 aborde la notion de surveillance des enfants.

« 141. Si le père a disparu laissant des enfans (sic !) mineurs issus d'un commun mariage, *la mère en aura la surveillance* et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

³⁸ L. R. YANKWICH, « Aspects of Roman Civil Law », *Southern California Law Review* (1953), p. 294. Cette idée est reprise par Locke aussi, J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, in C. B. MACPHERSON (ed.), Indianapolis/Cambridge, Hackett, 1980, Chap. VI. « On Paternal Power », § 76, p. 42.

³⁹ Y. THOMAS, « *Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort », in *Du châtimement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Rome, École Française de Rome, 1984. pp. 499-548. (Publications de l'École française de Rome, 79-1).

⁴⁰ J.-Chr. DUMONT, « L'*imperium* du *pater familias* », in *Parenté et stratégies familiales dans l'Antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 (Paris, Maison des sciences de l'Homme)* Rome École Française de Rome, 1990, pp. 475-495. : « En réalité *imperium* du père se fonde sur les mores et doit les respecter [...] Il existe une forte pression sociale pour imposer des règles et des valeurs et le père de famille est, dans ses écarts, beaucoup moins maître chez lui qu'il ne le croit ou que le droit ne semble le lui dire [...]. La liberté du détenteur d'*imperium* se meut dans ce cadre étroit : son *imperium* est plus un relais dont la société use pour perpétuer son ordre et ses valeurs qu'un moyen donné au père de famille pour réaliser ses fins personnelles ».

142. Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, *la surveillance des enfants* (sic !) *sera déferée*, par le conseil de famille, aux ascendants (sic !) les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire ». (nous soulignons)

Si en France, la loi du 4 juin 1970 substitue la notion d'autorité parentale à celle de « puissance paternelle », le droit civil américain contemporain garde quand même le lien entre *custodia* et l'autorité parentale dans la mesure où le parent gardant physiquement l'enfant est le « parent garde (ou gardien) » [*custodial parent*]⁴¹.

Depuis la loi du 22 juillet 1987, le juge a la compétence de décider que l'autorité parentale soit exercée en commun après le divorce, notamment d'une façon exclusive ou partagée. Néanmoins l'article 287 du Code civil laisse au juge le pouvoir de décider quel parent va assurer la surveillance spatiale de l'enfant par la notion de la *résidence habituelle*. Cette notion n'est qu'un synonyme pour la surveillance effective des parents sur les enfants. Dans le domaine du droit de la famille, une interrogation fondamentale porte sur la conceptualisation de la surveillance au sein de la théorie du droit : s'agit-il d'une simple construction factuelle fondée sur des *dynamiques de pouvoir*, la « puissance paternelle », ou bien d'un élément intrinsèquement lié à une *compréhension normative de l'autorité* ? Une littérature abondante s'est développée autour de la notion d'autorité parentale, en particulier dans les situations où les rapports de force factuels divergent du concept normatif d'autorité. Prenons, à titre d'illustration, le cas d'une séparation des parents impliquant leur enfant ! Dans des situations extrêmes — par exemple, lorsqu'un parent adopte un comportement violent envers les membres de la famille — des modalités de garde peuvent être arrêtées, prévoyant que l'enfant réside auprès d'un seul des parents non-violents. Toutefois, les deux parents conservent en principe l'autorité en matière d'éducation et de décisions concernant l'enfant, les systèmes juridiques contemporains tendant à maintenir le principe selon lequel les parents divorcés demeurent investis de l'autorité parentale, indépendamment de leur présence physique. Dans un tel cadre, le parent gardien détient à la fois le pouvoir de fait et l'autorité juridique, tandis que le parent non-gardien exerce une autorité abstraite, bien que physiquement absent de la vie quotidienne de l'enfant.

⁴¹ Si nous, juristes, connaissons assez bien la locution *Sed quis custodiet ipsos custodes ? Cauta est, et ab illis incipit uxor*, notre connaissance de la *Satire* n° VI de Juvénal demeure, en revanche, assez limitée (ce qui est d'ailleurs assez regrettable). Notre étude ne relevant pas de la philologie classique, nous nous bornerons à signaler qu'il est possible que la notion de *custodia* à laquelle Juvénal fait ici allusion soit de même nature que celle que nous avons rencontrée à propos de la *custodia ventris*. Quoi qu'il en soit, l'œuvre de Juvénal comporte cinq références à *custodia* (et ses dérivées) ainsi que de très nombreuses références au droit privé romain. Une autre question consisterait à déterminer si les gardiens évoqués dans ce passage sont, ou non, comparables aux *guardians* de l'utopie platonicienne.

Comme on le voit, le législateur français tente de trouver une autre terminologie qui pourrait englober le fait que le mineur est effectivement sous la puissance physique de l'un des parents divorcés, ce qui permet de distinguer la puissance parentale de l'autorité parentale. Avec le changement de paradigme dans les affaires de divorce vers l'intérêt supérieur de l'enfant — et en particulier le désir d'assurer un environnement social propice à son développement — la notion de surveillance s'est déplacée vers la détermination du parent le mieux à même d'assurer un cadre de vie stable dans le « domicile » ou la « résidence habituelle », c'est-à-dire l'espace surveillé par le parent ayant le pouvoir sur l'enfant. Du point de vue des dynamiques de pouvoir, force est de constater que la notion de foyer reste pertinente, tandis que les principes juridiques relatifs à l'autorité parentale évoluent pour encadrer les mécanismes de prise de décision et limiter l'influence des rapports de force sur l'enfant, désormais reconnu comme un sujet doté de droits spécifiques.

Dans ce contexte, le contrôle de l'environnement de vie de l'enfant, ainsi que la capacité du droit à maintenir l'autorité malgré l'absence physique du parent investi, revêtent une importance capitale. La complexité de ces questions est accentuée par les disparités entre cultures juridiques. Ainsi, dans les systèmes de droit civil, la notion de résidence habituelle renvoie à « l'adresse permanente » de l'enfant et du parent gardien. En revanche, dans les systèmes de *common law*, la notion anglaise de *domicile* implique davantage que la simple présence physique ou les éléments factuels de résidence ; elle requiert notamment l'examen de la durée du séjour et autres preuves comme justification de l'intention de choisir le foyer de longue durée des enfants. L'ambiguïté réside cependant dans l'interprétation judiciaire du « domicile », en l'absence de critères objectifs clairement établis. Par exemple, un contrat de travail temporaire à l'étranger conclu par l'un des parents peut être interprété comme une volonté de modifier durablement, voire définitivement le domicile, en raison d'une prolongation anticipée, tandis que l'autre parent peut y voir une simple expatriation temporaire. Ainsi, en *common law*, les intentions subjectives des parties quant à l'identification d'un lieu comme *domicile* peuvent jouer un rôle déterminant, au même titre que les éléments factuels tels qu'une adresse postale⁴². Il s'ensuit que la surveillance, dans le champ juridique, est soumise à deux facteurs essentiels : le contrôle spatial de l'environnement de vie et l'absence physique de la figure d'autorité.

Rappelons que si le parent qui a la résidence habituelle de l'enfant réside physiquement au même endroit que l'enfant, l'autre parent conserve (à quelques exceptions près) les droits et obligations liés à l'autorité parentale conjointe. Par exemple, la résidence habituelle d'un enfant ne peut être modifiée sans le consentement des deux parents, faute de quoi il pourrait y avoir enlèvement international

⁴² P. McELEVAY, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 19^e année, 2008-2010, 2011. pp. 127-155.

d'enfant. Cependant, notre société contemporaine est caractérisée par la mobilité et une variété de cultures sociojuridiques⁴³.

VI. LES JUGES VEILLENT-ILS SUR LA CONSTITUTION ? LA PÉNÉTRATION DE L'HERMÉNEUTIQUE CIVILISTE AU DÉBAT

Ce que nous avons retracé jusqu'ici, c'est l'histoire conceptuelle de la surveillance tout en restant plus ou moins strictement dans le domaine du droit civil, entendu globalement comme droit privé. Envisageant désormais la même notion d'un point de vue toujours juridique mais plus global, il nous faut comprendre le droit civil comme le droit des citoyens titulaires de droits subjectifs garantis par la Constitution. Bentham avait déjà souligné la nécessité d'un panoptique, non seulement pour accroître l'efficacité du travail, mais aussi, à un niveau plus abstrait, pour surveiller l'ensemble du système constitutionnel.

En France, le système des *checks and balances* confère au président de la République une fonction explicite de surveillance, comme le rappelle l'article 5 de la Constitution de 1958 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution ». Reste toutefois à déterminer si cette fonction est juridique ou politique, d'autant plus que « veiller au respect de la Constitution » ne signifie pas seulement préserver l'ordre politique depuis une position extérieure au champ politique, mais aussi choisir entre plusieurs significations juridiques possibles d'un texte quasi religieux, doté d'une autorité séculaire. Ce geste interprétatif, hérité de la pensée civiliste, révèle la tension constante entre autorité juridique et pouvoir politique.

Selon la définition que nous avons donnée de la surveillance, l'autorité qui se trouve au-dessous de la bataille politique est à la fois épistémique et pratique : l'interprétation de la Constitution suppose de faire connaître son contenu, et, une fois la décision prise, l'argument devient obligatoire indépendamment de ce contenu tel que révélé par l'interprète. En France, suivant la règle selon laquelle le prince est rarement juriste (*princeps raro iurista*⁴⁴), l'interprétation présidentielle

⁴³ Dans le contexte d'un divorce (G. NEYRAND, « La résidence alternée de l'enfant. Un hiatus entre les parents et la justice », 35, *Revue des politiques sociales et familiales* [1994], pp. 1-18.) — en particulier d'un divorce international (M. CADIOU, « 'Suis-moi, je te fuis' : l'éloignement géographique d'un parent et ses conséquences sur la résidence de l'enfant », 233, *Dialogue* [2021], pp. 17-39.) — le défi de maintenir des liens de surveillance avec des résidences situées dans des pays différents et géographiquement éloignés présente sans aucun doute des complications juridiques les plus complexes liés à la garde et à la supervision des enfants. En général, voy. P. CHRISTENSEN et M. O'BRIEN (dir.), *Children in the City: Home, Neighborhood and Community*, Londres, Routledge & Falmer, 2003; M. HILLMAN (dir.), *Children, transport and the quality of life*, Londres, Policy Studies Institute, 1993, pp. 19-27.

⁴⁴ Sur la locution « Le principe est rarement juriste », voy. J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard & NRF, 2009, pp. 53 et s. Dans la *common law*, il s'agit de la doctrine établie par le juge Coke, indépendamment de la tradition du jusnaturalisme scolastique médiévale en Europe, selon laquelle la raison juridique est différente de la raison naturelle et seuls les juristes

de la Constitution ne mobilise que l'autorité pratique, donc plus proche du politique que ne le font les véritables juges constitutionnels.

L'idée est que le bon fonctionnement de la surveillance nécessite une position apolitique, semblable à celle d'une autorité judiciaire dans les affaires civiles. Mais une telle neutralité est-elle réellement possible s'il s'agit d'une Constitution ? C'est précisément sur ce point qu'Hans Kelsen et Carl Schmitt se sont opposés. Tandis que Kelsen distingue entre droit et non-droit (politique, idéologie), Schmitt⁴⁵ sépare soigneusement l'*autorité* [*auctoritas*] du *pouvoir* [*potestas*] : le président, selon lui, doit incarner une autorité « neutre », gardienne de la Constitution comme fondement politique, mais dépourvue de pouvoir (politique) propre. Kelsen, au contraire, conçoit la « surveillance » comme une activité politique, même si elle a nécessairement une portée juridique claire. Autrement dit, si cette dimension politique existe, la signification juridique doit être dégagée par la science du droit « pur », c'est-à-dire affranchie de tout engagement idéologique. Pour Kelsen, la fonction du gardien judiciaire de la Constitution ne consiste qu'à vérifier la conformité de chaque production législative à la règle supérieure ; d'où la nécessité d'un organe spécialisé — la Cour constitutionnelle — garantissant l'intégrité procédurale du droit.

Dans ce débat célèbre, la référence à Benjamin Constant faite par Schmitt n'est pas anodine. Il rappelle que non seulement Constant mais plusieurs libéraux du XIX^e siècle aussi, dont John Stuart Mill, avaient déjà envisagé la possibilité d'un équilibre entre partis politiques ou forces économiques opposés sans arbitre neutre. Mais un tel pluralisme, selon Schmitt, risque à terme de remettre en cause l'unité de la communauté politique ; une autorité apolitique (donc une institution sans recours à la force) assure la cohésion du système par une surveillance neutre. Il faut donc une autorité neutre, comme un président de la République, sans pouvoir politique. Dans ce contexte, Constant aurait saisi cette nécessité, ainsi que la distinction entre « autorité » et « pouvoir ». À l'instar du Sénat romain, le président,

possèdent la capacité de la comprendre à travers la pratique interprétative des décisions développée, pendant des siècles, par un grand nombre de juges. Par conséquent, ni l'homme ordinaire n'est né juriste (c'est la thèse de Hobbes), ni le roi ne possède la capacité de donner le dernier mot sur la Constitution (c'est la thèse de Bacon, adversaire de Coke), étant donné que la *common law* est elle-même la Constitution en Angleterre. Par la théorie de la langue qui lutte contre les fictions — particulièrement contre les fictions juridiques — Bentham critique le point de vue du juge Coke. Voy. G. TUSSEAU, « Towards a Linguistic Criticism of Legal Hegemony: Some Remarks on "Bentham v. Judges and Co." », 32 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2019) 1, p. 190 : « *The denunciation of the abuses revealed by Bentham in his war of words against fictions first targeted the jurists and 'the artificial reason and judgment of Law' for which Lord Coke praised them* ». Pourtant, l'admission selon laquelle un certain nombre de règles et de principes — donc la *common law* — constitue une forme de constitution a conduit les Américains à justifier la position particulière des juges de la Cour suprême dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité.

⁴⁵ Or, comme Carl Schmitt le remarque aussi, cette distinction *autoritas/potestas* est plutôt artificielle en langue française. C. SCHMITT : *Théorie de la constitution*, trad. fr., Paris, PUF, 1989, p. 211, n. 1.

pour lui, doit détenir une autorité spécifique et se situer, d'une manière « neutre », en dehors de la politique partisane. En revanche, une cour constitutionnelle ne saurait prétendre à une neutralité absolue : elle demeure nécessairement impliquée dans les débats politiques qu'elle tranche qui n'est point souhaitable pour les juges.

Kelsen, pour sa part, interprète la référence à Constant comme la transposition d'un modèle monarchique où le président se substitue au souverain. Selon lui, au fond chaque décision juridique est politique, car elle suppose un choix interprétatif. L'interprétation des concepts juridiques repose sur des jugements de valeur et, à ce titre, elle est inévitablement politique, même si cette dimension doit être traduite dans un langage juridique. Plus la terminologie employée est vague — par exemple les notions d'« égalité » ou de « dignité humaine » — plus la dimension politique de l'interprétation devient manifeste. La notion d'« autorité » n'est, dans sa perspective, qu'une création de la science juridique, synonyme de validité normative d'un système juridique efficace.

Malgré leurs divergences, Kelsen et Schmitt s'accordent sur un point : la surveillance constitutionnelle, en tant qu'interprétation du texte juridique, consiste toujours à choisir entre plusieurs significations possibles des énoncés juridiques. Ni l'un ni l'autre ne croit à une signification unique ni à une règle d'or interprétative. Tous deux reconnaissent l'existence d'un ensemble limité d'interprétations recevables, comme le font également les civilistes en France, en Allemagne ou en Angleterre. En filigrane se dessine ainsi une herméneutique juridique d'inspiration civiliste : la conviction qu'*a priori* le texte juridique exprime l'intention du législateur dans sa plénitude, et qu'inversement, cette intention ne dépasse pas ce qui est écrit dans le texte. Dans la formation du constitutionnalisme moderne, les juges ont ainsi assumé leur rôle de « surveillants » de la Constitution parce qu'ils la concevaient comme un ensemble de règles juridiques à interpréter selon les méthodes du droit civil.

Une Constitution, lorsqu'elle est rigide — comme aux États-Unis, par opposition à la III^e République française — acquiert dès lors une autorité quasi religieuse, représentant la volonté des « pères fondateurs ». Tandis que la culture juridique française s'est enrichie d'études doctrinales sur la méthode d'interprétation du *Code civil* (1804) en absence d'une autorité constitutionnelle pareille, outre-Atlantique, la conception de la surveillance judiciaire naît presque en même temps que le code en France. Contrairement au droit public anglais, dépourvu de texte constitutionnel unique, le contrôle américain est juridique plutôt que politique. Certains autres éléments de la *common law* anglaise — comme l'absence d'un droit civil défini comme branche bien distincte du droit dans les cultures juridiques héritières du droit romain, ou encore la reconnaissance que, dans certains cas, les commandements « répugnants » ne constituent pas du « droit » — sont bien présents dans la pensée juridique américaine aussi.

Dans *Marbury v. Madison*, le juge Marshall, après avoir découvert et exposé les principes de base ⁴⁶, affirme que la Constitution, en tant que texte écrit, doit être interprétée par les juges, lesquels peuvent écarter toute loi qui la contredirait. Le juge, en tant que branche politique « la moins dangereuse » ⁴⁷ agissant comme le « gardien de la constitution », devient ainsi l'interprète suprême du droit, garant de la suprématie constitutionnelle. Plus tard, au Canada, l'arrêt *Persons Case* ⁴⁸ illustre un renversement partiel de cette logique : l'intervention du politique dans l'interprétation juridique. En redéfinissant le mot « personne » pour inclure les femmes, le *Privy Council* du Royaume-Uni adopta la théorie du *living tree* (« arbre vivant »), selon laquelle la Constitution est un organisme évolutif ⁴⁹.

Ces deux décisions, certes émancipatrices, témoignent-elles du triomphe d'un « nouveau constitutionnalisme » ⁵⁰. Il se peut que la réponse doive être affirmative. Une telle victoire des juges, si elle était réelle, impliquerait néanmoins l'érosion importante de l'autorité de la Constitution, représentée par les textes difficilement modifiables ainsi qu'un affaiblissement important de la souveraineté populaire au profit d'un constitutionnalisme créateur opéré par les juges. Une tension interprétative comparable existe en droit civil français, entre l'approche quasi-philologique et l'école de la recherche libre du droit, qui détache le texte de la décision juridique au nom de valeurs extra-juridiques, telles que l'équité ou la justice. Dans cette perspective, l'autorité du texte cède le pas à celle du juge. Reconnaître que les règles classiques d'interprétation, héritées de la tradition

⁴⁶ 5 U.S. 137, 159 : [...] after searching anxiously for the principles [...] ; 5 U.S. 137, 154 : [...] a complete exposition of the principles on which the opinion to be given by the court is founded [...].

⁴⁷ A. HAMILTON, in le *Federalist*, n° 78 (1788), sur <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470> (consulté le 10 octobre 2025), citant Montesquieu, attribue le rôle d'être les « gardiens fidèles de la Constitution » [*faithful guardians of the Constitution*] aux juges. Or, il déclare que le pouvoir judiciaire est le plus faible parmi les trois branches de pouvoir : [...] *the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power*. Schmitt, — C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, trad. fr., Paris, PUF, 1989, p. 214. — néanmoins refuse d'admettre que le *Federalist*, ou autres sources juridiques américains soient « une véritable théorie constitutionnelle ».

⁴⁸ *Edwards v AG Canada* [1929] UKPC 86 [1930] 1 DLR 98.

⁴⁹ Similairement à *Marbury v. Madison*, la *ratio decidendi* de cette décision célèbre évoque aussi le caractère écrit de la Constitution : « *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. [...] Like all written constitutions it has been subject to development though usage and convention. [...]* », *Canadian Constitutional Law*, 3^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2003, p. 43. Il faut néanmoins souligner que constitutionalisme canadien n'est pas univoque à l'égard de l'image de la constitution comme « arbre vivante ». Ainsi, les juges de *Privy Council* sont revenus plus tard à une interprétation plus textualiste de la BNA par la découverte de ses *watertight compartments* [*compartiments étanches*] comme éléments essentiels de la structure originaire de l'Acte de Nord Amérique Britannique. (*Canadian Constitutional Law*, 3^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2003, p. 45.)

⁵⁰ En Europe, p. ex. *Tyrer c/ Royaume-Uni*, Cour eur. D.H., 25 avril 1978, n° 5856/72, § 31 : « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles ». La source de citation : Fr. ROUVIÈRE, « L'obscur clarté de la volonté du législateur », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, n° 4, pp. 944 et s.

civiliste, demeurent contraignantes et limitent le pouvoir discrétionnaire des juges ne répond pas seulement à la question centrale des études sur la surveillance, à savoir : qui va surveiller le surveillant ? mais constitue également un impératif de respect des principes de l'État de droit. Ainsi, la notion de « veiller sur la Constitution » s'est transformée au fil du temps : d'abord fonction d'équilibre entre institutions politiques, elle est devenue garantie juridique de la règle suprême, avant de s'affirmer comme un pouvoir interprétatif et évolutif, au croisement du droit et de la politique.

CONCLUSION

Au début de notre étude, nous avons assimilé la surveillance à un événement spatial. En conclusion, nous pouvons ajouter que le discours juridique en soi portant sur le futur, toujours imprévu, constitue en soi un événement, comme l'a souligné Paul Ricœur⁵¹. Cette observation renforce la pertinence d'une histoire juridique civiliste appliquée à la réflexion sur un éventuel *legal surveillance studies*⁵² : l'objectif ne devrait pas réduire simplement les approches pertinentes à éclairer par la voie sémantique les récits sur la surveillance, mais à comprendre juridiquement, donc d'un point de vue interne, la logique qui les sous-tend. Ce que nous avons cherché à démontrer ici, c'est qu'en mobilisant divers concepts inscrits dans la sémantique du droit civil — tels que l'autorité, la validité, la propriété privée ou encore la responsabilité — nous avons mis en évidence l'existence d'une forme de surveillance diffuse au sein même de l'ordre juridique, indépendante des prisons, des sanctions et d'une population criminalisée. Les dispositifs institutionnels de l'autorité parentale et de l'appareil judiciaire participent eux aussi à cette surveillance, mais de manière plus subtile, principalement par des moyens pratiques tels que l'argumentation éthique et juridique⁵³.

⁵¹ P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II*, Paris, Seuil, 1986, p. 184. : « Le discours est la contrepartie de ce que les linguistes appellent système ou code linguistique. Le discours est l'événement de langage ».

⁵² FL. CASTAGNINO, « Critique des surveillances studies. Éléments pour une sociologie de la surveillance », *Déviance et Société*, vol. 42 (2018) n° 1, pp. 9-40.

⁵³ Dans son *Que sais-je ?* classique sur le droit, Philippe Jestaz évoque à un moment donné la vigilance des juristes, notamment à l'égard des aspects procéduraux, en particulier la présentation des preuves et les techniques juridiques. *Jura vigilantibus !*, dit-il. (Ph. JESTAZ, *Le droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz 1992, p. 72.) Et c'est vrai : la vérité juridique en soi n'a pas beaucoup de valeur sans preuve. La technique juridique — comme la présomption — permet justement de faciliter cette obligation de vigilance dans la présentation des preuves. Ainsi, par exemple, la présomption selon laquelle l'accident de voiture ayant renversé un piéton est imputable au conducteur contribue à alléger la charge de la preuve.



Entre rationalité et déficit informationnel : voter et administrer à l'ère de l'intelligence artificielle

par Aline Nardi*
et Edwina Taylor**

RÉSUMÉ

À l'ère du Big Data, l'intelligence artificielle (IA) est souvent présentée comme un levier d'amélioration de la connaissance. Pourtant, loin de supprimer l'incertitude, l'IA peut également engendrer un *déficit informationnel* susceptible d'affecter la rationalité des acteurs. Cette fragilisation de la rationalité interroge les droits et obligations consacrés par le droit public lorsque ces acteurs participent à la gouvernance.

L'analyse se concentre sur deux terrains. D'une part, en contexte électoral, l'IA — à travers l'IA générative, les systèmes de recommandation et le microciblage — transforme l'écosystème informationnel, favorisant la désinformation et la fragmentation de l'espace public, au détriment de la formation libre et éclairée de l'opinion des électeurs. D'autre part, dans l'action administrative, le recours à des systèmes décisionnels automatisés accentue les phénomènes d'opacité, limitant la compréhension et la contestation des décisions tant par les usagers que par les autorités elles-mêmes.

Face à ces risques, le droit apporte des réponses en combinant droits fondamentaux, principes généraux du droit administratif (notamment le devoir de minutie) et réglementations européennes du numérique. L'article soutient qu'une telle approche hybride est nécessaire pour préserver les conditions d'une décision rationnelle à l'ère de l'IA.

ABSTRACT

In the era of Big Data, artificial intelligence (AI) is often presented as a tool for enhancing knowledge. Yet, far from eliminating uncertainty, AI may also generate an information deficit likely to affect the rationality of actors. This erosion of rationality raises important questions about the rights and obligations enshrined in public law when such actors take part in governance.

This article examines this issue across two domains. First, in the electoral sphere, AI through generative technologies, recommender systems, and microtargeting reshapes the information environment, fostering disinformation and fragmenting the public sphere, thereby compromising the free and informed formation of voters' opinions. Second, in the field of administrative action, the use of automated decision-making systems may deepen opacity, reducing both citizens' and public authorities' ability to understand and challenge administrative decisions.

To address these risks, the article highlights legal responses that combine fundamental rights, general principles of administrative law particularly the duty of care and emerging European digital regulations. It argues that such a hybrid approach is essential to preserving the conditions for rational decision-making in the age of AI.

1. Paradoxe : abondance et manque. À l'ère des *Big Data*, la société est confrontée à une abondance sans précédent de données disponibles¹. Cette inflation se combine au développement d'outils et de méthodes toujours plus performants pour espérer en tirer de la connaissance. Capable de traiter une quantité vertigineuse de données et d'en extraire des tendances afin, notamment, de faire de l'« analyse prédictive », l'intelligence artificielle (ci-après « IA ») peut alors être perçue comme une solution à incorporer dans la sphère publique². La sophistication des systèmes d'IA permet, en outre, de faire émerger des corrélations à partir de ces volumes massifs de données pour identifier des formes inédites de régularités, des *patterns* ou des modes de comportements. Ces systèmes constituent, à ce titre, de nouveaux modes de production de la connaissance³.

Pourtant, la connaissance créée — voire révélée — par l'IA n'aboutit pas toujours à une meilleure compréhension du monde ni à des décisions plus éclairées. Elle peut, paradoxalement, engendrer un déficit informationnel, défini comme une situation présentant un manque structurel d'information ou une insuffisance d'informations de qualité susceptible d'affecter la capacité des acteurs à comprendre, décider ou agir de manière adéquate dans l'espace public.

2. Déficit informationnel, droit et raison. Ce déficit informationnel n'est pas sans conséquences pour le droit, domaine dans lequel la « raison » occupe

* Aspirante F.R.S.-FNRS, doctorante au CRIDS | NaDI (UNamur).

** Doctorante au Centre Montesquieu d'études de l'action publique (UCLouvain).

¹ T. BOURANY, « Les 5V du big data », *Regards croisés sur l'économie*, 2019, n° 2, p. 27 ; J.-C. COINTOT et Y. EYCHENNE, « Le big data et les 3V : Volume, Vitesse et Variété », in *La Révolution Big Data, Stratégies et management*, Paris, Dunod, 2014, p. 36, disponible sur <https://www.cairn.info/la-revolution-big-data-9782100711420-p-35.htm>.

² V. ZENO-ZENCOVICH, « Legal Epistemology in the Times of Big Data », in G. PERUGINELLI et S. FARO (eds), *Knowledge of the Law in the Big Data Age, Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, n° 317, Amsterdam, IOS Press, 2019, pp. 3-4.

³ L. MANOVICH, *Software Takes Command*, New York, Bloomsbury, 2013, p. 338.

une place centrale. Le droit public, en particulier, postule la rationalité de ses acteurs. Chaque individu, en ce qu'il est le siège d'une pensée rationnelle, est considéré capable de réfléchir par lui-même et de poser des choix de manière autonome et responsable⁴. À ce titre, les citoyens se voient reconnaître des droits fondamentaux, leur permettant, entre autres, d'exercer leur raison en élitant des mandataires politiques⁵. Ce faisant, ils acceptent de se départir d'une part de leur liberté au profit de l'État, lui-même censé agir raisonnablement et rationnellement.

L'action rationnelle de l'État se manifeste dans les lois, censées être le fruit de débats publics où les représentants politiques argumentent de façon rationnelle⁶. Elle se poursuit dans l'action administrative, au travers de l'adoption d'actes réglementaires et individuels par les pouvoirs publics qui, lorsqu'ils exercent une compétence discrétionnaire, posent des choix rationnels œuvrant à l'accomplissement de l'intérêt général.

L'injonction faite aux acteurs du droit d'agir conformément à la raison implique, en corollaire, un accès adéquat à l'information. Cette exigence se déploie toutefois de façon différenciée selon qu'il s'agisse du citoyen ou de l'État : pour le premier, elle prend la forme d'un droit ; pour le second, d'une obligation. Le déficit informationnel engendré par le recours aux technologies d'IA vient cependant fragiliser les composantes de l'un et de l'autre.

3. Déficit informationnel pour les gouvernés et les gouvernants : cas d'étude. La contribution propose d'explorer le phénomène du déficit informationnel à l'appui de deux cas d'étude reflétant les deux faces de la relation de gouvernance. Le premier concerne la désinformation électorale des gouvernés, amplifiée par la combinaison des réseaux sociaux et des outils d'IA (I). Le second porte sur les gouvernants, en particulier les administrations publiques, et les effets d'opacité ou de carence informationnelle que peut produire le recours à des systèmes automatisés dans les processus décisionnels (II).

Sans prétendre à l'exhaustivité, cette contribution entend ainsi poser les bases d'une discussion sur la nature du déficit informationnel induit par l'IA et sur les instruments juridiques envisageables pour y remédier.

⁴ H.-O., HUBERT, « La contractualisation des droits sociaux, entre raison instrumentale et raison réflexive », in H.-O. HUBERT, M. BODART et X. DUON (eds), *Un nouveau passeport pour l'accès aux droits sociaux : le contrat*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 248.

⁵ Il s'agit par exemple de la liberté d'expression et d'information, qui permet aux citoyens de former et informer leurs opinions en amont des scrutins ; P. POPELIER, « Democratie in de Belgische Grondwet », in M. ADAMS et P. POPELIER (eds), *Recht en democratie : de democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen/New York, Intersentia, 2004, pp. 109 et 116.

⁶ Voy. en ce sens, P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in I. HACHEZ *et al.* (eds), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2012, pp. 46-47.

I. LE VOTE À L'ÉPREUVE DES CONNAISSANCES SYNTHÉTIQUES

4. **Démocratie, rationalité et information de qualité.** Dans le sillage de son mandat présidentiel, James Madison déclarait qu'« [u]n gouvernement populaire, sans information populaire, ou sans les moyens de l'acquérir, n'est qu'un prologue à une farce ou à une tragédie ; voire les deux »⁷. Le père fondateur semble ici fonder l'idéal démocratique sur la rationalité des citoyens. Dans cette perspective, les électeurs sont considérés comme capables de prendre les meilleures décisions, pour autant qu'ils disposent d'une information de qualité.

5. **Plan de la section.** Ce modèle est cependant profondément ébranlé par l'irruption de l'IA dans l'espace informationnel, qu'elle perturbe en le fragmentant et en le manipulant (A). En reconnaissant aux électeurs un droit à la libre formation de leur volonté, le droit offre toutefois des pistes pour en limiter les dérives (B).

A. L'IA : élément perturbateur de l'écosystème informationnel

6. **Écosystème informationnel profondément impacté par l'IA.** L'émergence d'une sphère publique numérique, médiée et alimentée de manière croissante par l'IA, a radicalement modifié les conditions de production, de diffusion et d'accès à l'information pour les citoyens et les acteurs politiques.

7. **IA générative.** Ce nouvel environnement informationnel se caractérise par un volume inédit de contenus, dont un nombre croissant est généré automatiquement par des systèmes d'IA, dits d'IA générative. Ces technologies, comme les modèles de traitement du langage naturel (ex. : ChatGPT) ou de génération audiovisuelle, produisent automatiquement des textes, des images, des vidéos ou des sons imitant les productions humaines. Entraînés sur de vastes corpus textuels — incluant notamment des articles de presse⁸ — ou sur d'immenses banques de contenus (audio)visuels, ces modèles ont assimilé les codes éditoriaux propres à ces médias et sont en principe capables de les répliquer à la demande de l'utilisateur grâce à des techniques prédictives⁹.

⁷ J. MADISON, *Lettre à W.T. Barry*, le 4 août 1822, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-02-02-0480> (consulté le 7 mai 2025).

⁸ En témoignent les récents accords entre les médias traditionnels et les acteurs majeurs de l'IA portant entre autres sur l'utilisation de leurs articles pour entraîner les modèles d'IA ; Voy. not. l'accord entre Le Monde et OpenAI : L. DREYFUS et J. FENOGLIO, « Intelligence artificielle : un accord de partenariat entre "Le Monde" et OpenAI », *Le Monde*, 13 mars 2024, disponible sur : https://www.lemonde.fr/le-monde-et-vous/article/2024/03/13/intelligence-artificielle-un-accord-de-partenariat-entre-le-monde-et-openai_6221836_6065879.html.

⁹ B. STOLLNITZ, « How GPT models work : accessible to everyone », disponible sur : <https://bea.stollnitz.com/blog/how-gpt-works/> (consulté le 6 décembre 2024).

Parmi les applications les plus préoccupantes de l'IA générative recensées dans la littérature scientifique figurent les *deepfakes*¹⁰. Ils peuvent, par exemple, superposer le visage d'une personne sur celui d'un individu filmé afin de créer l'illusion que cette personne a tenu des propos qu'elle n'a en réalité jamais exprimés¹¹. Un exemple connu est celui d'une vidéo truquée de l'ancien président américain Barack Obama, critiquant Donald Trump. Réalisée par la société BuzzFeed en collaboration avec l'acteur Jordan Peele, cette vidéo visait à démontrer l'impact et les risques associés à l'usage des *deepfakes*¹². La sophistication croissante de ces technologies fait en effet craindre une nouvelle génération de désinformation plus difficile à détecter et potentiellement plus efficace pour manipuler l'opinion publique, y compris dans le cadre de processus démocratiques¹³. Cette crainte s'est d'autant plus marqué que les contenus (audio)visuels sont devenus les principaux vecteurs d'information sur les réseaux sociaux¹⁴.

8. Systèmes de recommandation. L'abondance de contenus disponibles en ligne, qu'ils soient générés ou non par l'IA, a mené à la médiation¹⁵ croissante de l'information par l'IA, notamment sur les réseaux sociaux¹⁶.

Cette médiation y est assurée par des systèmes de recommandation fonctionnant selon une logique d'optimisation de l'engagement. L'information proposée est sélectionnée en fonction de plusieurs métriques, telles que les clics, partages, commentaires ou réactions, et non sur la fiabilité des contenus ou les compétences de leurs émetteurs¹⁷. Déployés par les plateformes sociales comme X (ex-Twitter) ou Instagram, ces systèmes visent ainsi à prolonger le temps passé par les utilisateurs sur la plateforme, afin de les exposer à davantage de publicités, source majeure

¹⁰ B. KIM *et al.*, « A systematic review on fake news research through the lens of news creation and consumption: Research efforts, challenges, and future directions », *PLOS ONE*, décembre 2021, vol. 16, n° 12, pp. 1-28.

¹¹ T.T. NGUYEN *et al.*, « Deep Learning for Deepfakes Creation and Detection: A Survey », *Computer Vision and Image Understanding*, octobre 2022, vol. 223, p. 1.

¹² J. VINCENT, « Watch Jordan Peele use AI to make Barack Obama deliver a PSA about fake news », *The Verge*, 17 avril 2018, disponible sur : <https://www.theverge.com/tldr/2018/4/17/17247334/ai-fake-news-video-barack-obama-jordan-peelee-buzzfeed>.

¹³ Voy. à ce sujet : R. CHESNEY et D.K. CITRON, « Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security », *California Law Review*, 2019, vol. 107, pp. 1753-1819.

¹⁴ B. KIM *et al.*, « A systematic review on fake news research through the lens of news creation and consumption », *PLOS ONE*, 2021, vol. 16, n° 12, p. 8.

¹⁵ La médiation de l'information consiste à relayer des versions indirectes (ou produites par des tiers) d'événements et de situations que nous ne pouvons pas constater directement. En l'espèce, ce rôle d'intermédiaire est confié aux technologies d'IA, qui contrôlent l'accès, la sélection et la hiérarchisation des contenus en ligne ; Cette définition est directement inspirée de : D. McQUAIL, *McQuail's mass communication theory*, Los Angeles, Californie, SAGE, 2010, p. 83.

¹⁶ Voy. à ce sujet, D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes : nos vies à l'heure des big data*, Paris, la République des idées Seuil, 2015, pp. 91-94.

¹⁷ G. BRONNER *et al.*, *Les Lumières à l'ère numérique*, Résidence de la République, janvier 2022, disponible sur <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/12/127ff0d2978ad3ebf10be0881ccf87573fc0ec11.pdf> (consulté le 16 mai 2025).

de leurs revenus¹⁸. Pour ce faire, ils privilégient les contenus les plus susceptibles de provoquer des émotions fortes¹⁹. Les messages sensationnalistes, polarisants ou mensongers, qui suscitent indignation ou colère, sont ainsi surreprésentés. Facebook a, par exemple, constaté qu'un emoji « colère » suscitait davantage d'interactions qu'un simple « like ». Pour exploiter cet effet, l'entreprise a calibré son algorithme de façon à attribuer cinq fois plus de poids à ces expressions d'indignation, assurant ainsi aux contenus concernés une visibilité maximale dans les fils d'actualité²⁰. S'ensuit un cercle vicieux d'amplification : ces contenus suscitant davantage de réactions obtiennent une visibilité accrue, ce qui envoie au système un signal l'incitant à les recommander à d'autres utilisateurs²¹, qui y réagissent à leur tour.

Outre sa contribution à la viralité des contenus polarisants, la logique d'optimisation de l'engagement sur laquelle reposent les systèmes de recommandation conduit les plateformes à profiler les utilisateurs au risque de réduire l'espace commun de discussion. Il s'agit de prédire les contenus qui plairont aux utilisateurs sur la base des données collectées antérieurement à leur sujet pour prolonger le temps qu'ils passent en ligne. Cette personnalisation conduit à la formation de « bulles de filtres », dans lesquelles les individus sont principalement exposés à des informations conformes à leurs préférences, notamment idéologiques. Une étude menée en 2016 permet d'illustrer la polarisation qu'engendre ce phénomène²². Sur la base de l'analyse des tweets publiés pendant l'élection présidentielle américaine, elle révèle une quasi-absence de chevauchement entre les réseaux des partisans de Trump et ceux de Clinton²³. Cette homogénéité informationnelle risque ainsi de limiter l'accès à une information pluraliste et de fragmenter l'espace public.

¹⁸ Ainsi, les géants des réseaux sociaux Alphabet (Google, Youtube) et Meta (Instagram, Facebook) sont les deux principaux acteurs mondiaux du marché de la publicité en ligne, laquelle représente pour le premier, environ 80 % de son chiffre d'affaires, et pour le second plus de 90 % ; T. GAUDIAUT, « Les géants de la publicité en ligne », *Statista*, 15 décembre 2022, disponible sur : <https://fr.statista.com/infographie/28966/principales-societes-plateformes-selon-les-ventes-mondiales-de-publicite-en-ligne-en-2022/> (consulté le 15 avril 2025).

¹⁹ N.I. BROWN, « Deepfakes and the Weaponization of Disinformation », *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 23(1), 2020, p. 19.

²⁰ J. B. MERILL et W. OREMUS, « Five points for anger on a 'like': How Facebook's formula fostered rage and misinformation », *The Washington Post*, 26 octobre 2021, disponible sur : <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/10/26/facebook-angry-emoji-algorithm/>.

²¹ S. VOSOUGH, D. ROY et S. ARAL, « *The spread of true and false news online* », MIT initiative on the digital economy, 2018, pp. 1146-1151.

²² A. THOMPSON, « Parallel Narratives, Clinton and Trump Supporters Really Don't Listen to One Another », *Vice*, 8 décembre 2016, disponible sur : <https://news.vice.com/story/journalists-and-trump-voters-live-in-separate-online-bubbles-mitanalysis-shows>.

²³ Cet effet est cependant à relativiser. En moyenne, les utilisateurs de médias sociaux, d'agrégateurs et de moteurs de recherche font l'expérience d'une plus grande diversité que les non-utilisateurs ; N. NEWMAN, « Overview and Key Findings: Digital News Report », Reuters Institute for the Study of Journalism, disponible sur : <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2017/overview-key-findings-2017/>.

9. **Microciblage.** Au-delà de la simple recommandation de contenus, le profilage qu'opèrent les plateformes sociales ouvre également la porte aux pratiques de microciblage. Ce dernier consiste à élaborer des messages ciblant des catégories étroites de votants sur la base d'une analyse de données « recueillies à partir des caractéristiques démographiques des individus et de leurs habitudes de consommation et de style de vie »²⁴. Ce processus peut être réalisé à l'appui de technologies d'IA. Le cas échéant, des modèles prédictifs analysent des données issues en grande partie des traces — volontaires ou non — laissées en ligne par les internautes, afin de formuler des hypothèses sur les types de messages les plus susceptibles de capter l'attention de chaque groupe cible²⁵. Ces techniques sont notamment utilisées pour identifier les électeurs susceptibles de soutenir un parti donné ou pour les convaincre de le faire, en leur adressant des messages personnalisés à visée mobilisatrice.

Le microciblage a été mis en lumière par le scandale *Cambridge Analytica*. Lors de la campagne présidentielle américaine de 2016, cette entreprise a ciblé et influencé les *persuadables*, c'est-à-dire des électeurs dont les intentions de vote n'étaient pas encore fixées, et dont les positions pouvaient donc être orientées en faveur de son client, Donald Trump. Environ 20 millions d'électeurs indécis, en particulier dans les États clés (*swing states*), ont ainsi reçu des messages sur mesure, tels que des *memes*, des vidéos ou des articles de blog en faveur du candidat républicain²⁶.

10. **Danger d'un espace public numérique orchestré par l'IA.** La multiplication des contenus falsifiés et manipulés par l'IA générative, dont la sophistication croissante rend de plus en plus difficile la distinction entre le vrai et le faux, engendre un climat de doute. Ce phénomène s'accompagne d'une personnalisation poussée de l'information, par le microciblage et les systèmes de recommandation, qui enferment les individus dans des sphères médiatiques homogènes. Ces environnements renforcent leurs croyances préexistantes par une exposition répétée à des contenus alignés avec leurs attentes. Ainsi, l'espace public se fragmente en une pluralité de récits concurrents. Ce contexte favorise l'émergence de désordres informationnels, notamment la désinformation, qui compromettent

²⁴ W.A. GORTON, « Manipulating Citizens: How Political Campaigns' Use of Behavioral Social Science Harms Democracy », *New Political Science*, 2016, vol. 38, n° 1, p. 62.

²⁵ J. SCHÄWEL, R. FRENTER et S. TREPTE, « Political Microtargeting and Online Privacy: A Theoretical Approach to Understanding Users' Privacy Behaviors », *Media and Communication*, 2021, vol. 9, n° 4, p. 159.

²⁶ R.J. GONZÁLEZ, « Hacking the citizenry?: Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump », *Anthropology Today*, juin 2017, vol. 33, n° 3, p. 9 ; Les partis politiques belges ont également recours à ces techniques ; voy. N. BAUDOUX, « Sur Facebook, les partis politiques ciblent avec attention leurs (futurs) électeurs », *L'Echo*, 29 avril 2024, disponible sur : <https://www.lecho.be/dossiers/elections-en-belgique/sur-facebook-les-partis-politiques-ciblent-avec-attention-leurs-futurs-electeurs/10540460.html>.

la capacité des citoyens à se forger une opinion éclairée, en particulier dans un contexte électoral²⁷.

B. Des réponses européennes fondées sur la libre formation de la volonté de l'électeur

11. **Un droit fondamental.** Dans cette sphère publique numérique, où l'information tend à être individualisée, voire parfois falsifiée, le droit des électeurs à se forger une opinion revêt une importance particulière. En vertu de ce dernier, les électeurs ont en effet le droit d'être correctement informés²⁸, ce qui implique l'accès à une information pluraliste²⁹ et fiable³⁰.

Ce droit est consacré tantôt en tant que droit politique autonome³¹, tantôt en tant que composantes d'autres droits, comme le droit à des élections libres et le droit à la liberté d'expression³². À cet égard, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « (ces) deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple [...] la liberté d'expression est l'une des “conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif” [...] »³³.

²⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne, COM(2018) 236 final, 26 avril 2018, p. 7.

²⁸ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, § 13, *Auteurs&Média*, 2025/1, p. 73.

²⁹ Ainsi, durant les élections, les autorités doivent notamment garantir l'accès des différents courants d'opinion aux médias ; Cour eur. D.H., 19 juin 2012, arrêt *Parti communiste de Russie et autres c. Russie*, § 126.

³⁰ Pour cette raison, les « chiens de garde publics », ceux et celles diffusant des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général, comme la presse ou les ONG, bénéficient d'une protection particulière dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette protection accrue repose toutefois sur la pratique d'un « journalisme responsable ». Il est notamment requis que les intéressés agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations « fiables et précises » ; voy. not. Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, § 93 ; v (gde ch.), 10 décembre 2007, arrêt *Stoll c. Suisse*, § 103 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 décembre 2004, arrêt *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, § 78 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 mai 1999, arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, § 65 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 21 janvier 1999, arrêt *Fressoz et Roire c. France*, § 54 ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2020, arrêt *Sellami c. France*, §§ 52-54 et Cour eur. D.H., 19 avril 2011, arrêt *Kasabova c. Bulgarie*, §§ 61 et 63-68.

³¹ C'est le cas en Suisse ; art. 34, al. 2, Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; voy. V. MARTENET et T. VON BÜRKEN, « L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote », *Revue de droit suisse*, 2013-I, pp. 57-83.

³² Voy. not. art. 10, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955 ; Art. 3 du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvé par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

³³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 1998, arrêt *Bowman c. Royaume-Uni*, § 42 ; Voy. en ce sens également pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34 relative à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression, adoptée le 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, § 20.

12. **Actualité renforcée par l'IA.** Une décision de justice récente a mis en lumière l'impact de l'IA sur le droit des électeurs à se forger une opinion libre. La Cour constitutionnelle de Roumanie s'est prononcée sur la légalité du processus électoral lors de l'élection présidentielle de 2024³⁴. Selon elle, le recours à des technologies d'IA durant le processus électoral a affecté le caractère librement exprimé du vote des citoyens et en particulier leur droit d'être correctement informé³⁵. La Cour a particulièrement souligné le manque de transparence entourant la diffusion des publicités politiques avant le scrutin³⁶, ainsi que l'usage abusif des systèmes d'IA sur les réseaux sociaux³⁷. La juridiction estime en outre que l'État a l'obligation d'assurer une telle transparence afin de garantir l'intégrité des élections³⁸, ainsi que celle de « relever les défis et risques posés par les campagnes de désinformation »³⁹.

13. **Obligations positives concrétisées par la voie européenne.** Les obligations que la Cour constitutionnelle roumaine met en avant en vertu de la libre formation de la volonté de l'électeur sont depuis plusieurs années au cœur de la politique de l'Union européenne concernant le numérique. Elles se sont traduites notamment par l'adoption de plusieurs règlements visant à encadrer les technologies numériques et à limiter leurs effets néfastes sur l'espace informationnel, en particulier à l'occasion d'événements politiques majeurs, tels que les élections. Trois instruments juridiques se démarquent à cet égard : le règlement sur les services numériques (Digital Services Act, ci-après « DSA »)⁴⁰, le Règlement sur l'IA⁴¹, et le règlement relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique (ci-après « TTPA »)⁴². Seules certaines obligations issues de ces règlements seront retenues ici, en raison de leur pertinence particulière au regard des enjeux soulevés par l'utilisation de l'IA dans le contexte électoral.

14. **DSA et les bulles de filtre.** Applicable dans son intégralité depuis le 17 février 2024, le DSA s'adresse à l'ensemble des services intermédiaires en

³⁴ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, pp. 70-74.

³⁵ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, §§ 12-16.

³⁶ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, § 13.

³⁷ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, pt 14.

³⁸ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, pt 9.

³⁹ Cour const. de Roumanie, 6 décembre 2024, n° 23/2024, *Auteurs&Média*, 2025/1, pt 10.

⁴⁰ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, L 277, 27 octobre 2022 (ci-après « DSA »).

⁴¹ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) no 300/2008 (UE) no 167/2013 (UE) no 168/2013 (UE) 2018/858 (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle), *J.O.U.E.*, L, 12 juillet 2024 (ci-après « Règlement sur l'IA »).

⁴² Règlement (UE) 2024/900 du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 2024 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, *J.O.U.E.*, L, 20 mars 2024 (ci-après « TTPA »).

ligne fournissant leurs services au sein de l'Union européenne⁴³. Cette catégorie comprend les services d'hébergement⁴⁴ dont font partie une multitude de plateformes⁴⁵, parmi lesquelles celles des géants du numérique⁴⁶. Pour ces derniers, le règlement prévoit des obligations de transparence et de diligence accrues.

Bien que le DSA ne mentionne pas explicitement le phénomène des bulles de filtres (voy. *supra*, n° 8), certaines de ses mesures semblent viser à en atténuer les effets. L'article 27, par exemple, impose aux fournisseurs de plateformes en ligne, tels que Google⁴⁷, de révéler les paramètres de classement des recommandations fournies par les systèmes d'IA ainsi que les options dont disposent les utilisateurs pour les modifier ou les influencer⁴⁸. L'article 38 procède de la même logique : les géants du numérique ont l'obligation de proposer aux utilisateurs des systèmes de recommandation qui ne reposent pas sur le profilage, au sens de l'article 4.4 du Règlement général sur la protection des données⁴⁹ (ci-après le « RGPD »). De même, en application de l'article 35 du DSA, la Commission leur recommande de concevoir et d'adapter leurs systèmes de recommandations pour permettre aux utilisateurs de « maîtriser véritablement leurs flux d'information en tenant dûment compte de la diversité et du pluralisme des médias »⁵⁰. Il s'agit de permettre aux utilisateurs de s'émanciper de leur bulle, s'ils le souhaitent, en accédant à des contenus qui ne sont pas exclusivement fondés sur leurs comportements ou préférences antérieures.

15. TTPA et le microciblage à caractère politique. Au-delà des bulles de filtres, l'Union européenne entend lutter contre la distribution stratégique de l'information appuyée par l'IA ainsi que les risques de manipulation qu'elle engendre. Dans cette perspective, le TTPA encadre le traitement de données à caractère

⁴³ Art. 2, § 1^{er}, DSA.

⁴⁴ Art. 3, g), iii), DSA.

⁴⁵ Art. 3, i), DSA.

⁴⁶ Art. 33, § 1^{er}, DSA.

⁴⁷ Sur sa plateforme Youtube, Google propose ainsi un bouton « À propos de ces résultats » qui renvoie vers une page web expliquant le système de classement, disponible ici : https://support.google.com/youtube/answer/16090438?visit_id=638815605160947728-37981164&p=how_search_works&rd=1 (consulté le 22 septembre 2025).

⁴⁸ Le Règlement européen sur la liberté des médias (EMFA) prévoit une obligation similaire pour la personnalisation de l'offre de médias ; Art. 20 et cons. 57, Règlement (UE) 2024/1083 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 établissant un cadre commun pour les services de médias dans le marché intérieur et modifiant la directive 2010/13/UE, *J.O.U.E.*, 17 avril 2024, Série L.

⁴⁹ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L119, 4 mai 2016 (ci-après « RGPD »).

⁵⁰ Commission européenne, Lignes directrices de la Commission à l'intention des fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne sur l'atténuation des risques systémiques pour les processus électoraux, présentées en vertu de l'article 35, paragraphe 3, du règlement (UE) 2022/2065, C/2024/3014, 26 avril 2024, § 27, d), i ; voy. égal. art. 35, § 1^{er}, d), DSA.

personnel à des fins de ciblage et de diffusion de la publicité à caractère politique. À ce titre, il constitue une *lex specialis* par rapport au RGPD ⁵¹.

En vertu de l'article 18 du TTPA, le traitement de données à caractère personnel aux fins de ciblage politique n'est autorisé que sous réserve du respect de trois conditions cumulatives. Premièrement, les données personnelles utilisées doivent avoir été collectées directement auprès de la personne concernée. Cette exigence exclut non seulement le recours à des données obtenues auprès de tiers, mais également l'utilisation d'informations induites à partir de données fournies par la personne elle-même ⁵². Deuxièmement, la personne concernée doit avoir donné son consentement explicite au traitement de ses données à des fins de ciblage ou de diffusion de publicité politique ⁵³. Troisièmement, ces techniques ne peuvent pas reposer sur un profilage fondé sur des catégories particulières de données à caractère personnel ⁵⁴, telles que les opinions politiques, l'origine raciale ou ethnique, les convictions religieuses ou philosophiques, ou encore l'orientation sexuelle ⁵⁵.

Cette restriction se justifie au regard du risque d'utilisation abusive des données à caractère personnel liée au ciblage et de la menace particulière que ces techniques peuvent représenter pour le « droit d'être informé d'une manière objective, transparente et pluraliste » ⁵⁶.

16. Règlement sur l'IA et les IA génératives. Outre le TTPA, le risque de manipulation appuyée par l'IA est également traité dans le Règlement sur l'IA. Ce dernier encadre une multitude de systèmes d'IA dont ceux auxquels le règlement associe un « risque limité ». Les systèmes d'IA à risque limité sont de manière générale des technologies pour lesquelles il existe un risque modéré de manipulation ⁵⁷. Pour cette raison, l'article 50 du règlement leur adjoint essentiellement des obligations de transparence. Cette disposition vise principalement les systèmes d'IA générative produisant des contenus audios, visuels (images ou vidéos) ou textuels.

⁵¹ Dès le 10 octobre 2025, le TTPA primera donc sur les réglementations plus générales. Jusqu'alors, la matière était essentiellement régie par le RGPD sous l'angle de la prospection (ou marketing direct) à des fins politiques ; Pour davantage de précisions sur ce cadre antérieur, voy. Autorité de protection des données, *Note sur le traitement des données dans le cadre des élections*, août 2024, disponible sur : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/note-sur-le-traitement-des-donnees-dans-le-cadre-des-elections.pdf>.

⁵² Art 18, § 1^{er}, a), TTPA.

⁵³ Art 18, § 1^{er}, b), TTPA.

⁵⁴ Art 18, § 1^{er}, c), TTPA ; En conséquence, aucune des dérogations prévues à l'article 9, paragraphe 2, du RGPD ne peut être invoquée par le responsable du traitement.

⁵⁵ Art. 9, § 1^{er}, RGPD.

⁵⁶ Cons. 6, TTPA.

⁵⁷ Cons. 133, Règlement sur l'IA ; Les technologies présentant un haut risque de manipulation figurent quant à elles dans les pratiques interdites ; voy. art. 5, § 1^{er} (a) et (b), Règlement sur l'IA.

Deux types d'exigences leur sont appliqués. D'une part, une obligation technique consiste à apposer un filigrane sur les contenus générés artificiellement, afin d'en signaler la nature synthétique⁵⁸. Cette exigence s'aligne sur les recommandations de la Commission européenne adressées aux très grandes plateformes et moteurs de recherche en ligne (voy. *supra*, n° 14), dont les services peuvent servir à générer des contenus synthétiques⁵⁹. D'autre part, une obligation d'information pèse sur les déployeurs d'un système d'IA générant des *deepfakes* audios ou visuels, visant à avertir les utilisateurs qu'ils sont confrontés à un tel contenu. Une obligation de marquage analogue existe pour les contenus générés relevant de la sphère de l'information d'intérêt public⁶⁰, notamment lorsqu'ils sont destinés à être diffusés au grand public sur les réseaux sociaux, avec un potentiel d'amplification sur ces plateformes. Ces obligations font également écho aux recommandations de la Commission au sujet du marquage des contenus synthétiques sur les plateformes en ligne⁶¹. Ce marquage devrait au demeurant être maintenu lorsque les contenus d'IA générative sont partagés par d'autres utilisateurs sur la plateforme⁶².

II. LA PRISE DE DÉCISION ADMINISTRATIVE À L'ÉPREUVE DE L'IA

17. **Plan de la section.** Pour analyser les enjeux du déficit informationnel lié à l'automatisation des procédures administratives, il s'agit, d'abord, d'examiner comment la prise de décision assistée par des systèmes d'intelligence artificielle⁶³ peut créer des déficits d'information (A), puis d'envisager une réponse juridique inspirée du droit administratif et du droit du numérique (B).

A. La prise de décision automatisée : une boîte noire ?

18. **ADM ou AADM.** Pour désigner le phénomène d'automatisation des processus de prise de décision administrative, la doctrine anglophone utilise les termes

⁵⁸ Art. 50, § 2, Règlement sur l'IA ; Son articulation avec le DSA est en outre détaillée au : cons. 120, Règlement sur l'IA.

⁵⁹ Il n'existe à notre connaissance aucun acteur concerné pour le moment. Toutefois, il n'est pas exclu que cette obligation s'adresse bientôt à certains fournisseurs de plateformes d'IA connues tels qu'OpenAI, commercialisant l'agent conversationnel ChatGPT ; Commission européenne, Lignes directrices précitées, C/2024/3014, 26 avril 2024, § 39, a).

⁶⁰ Art. 50, 4, Règlement sur l'IA.

⁶¹ Commission européenne, Lignes directrices précitées, C/2024/3014, 26 avril 2024, § 40, b).

⁶² Commission européenne, Lignes directrices précitées, C/2024/3014, 26 avril 2024, § 40, b), iii.

⁶³ L'on utilise l'expression de « système d'intelligence artificielle » (ci-après « système d'IA ») puisque c'est celle qui est consacrée par le Règlement européen 2024/1689 sur l'intelligence artificielle et qui vise « un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels » (art. 3, 1), du Règlement sur l'IA.

d'*automated decision-making* (ADM — prise de décision automatisée) ou encore d'*automated administrative decision making* (AADM — prise de décision administrative automatisée)⁶⁴. Ces expressions visent le fait, pour une autorité administrative, d'utiliser un ou plusieurs systèmes d'IA dans l'accomplissement de ses missions d'intérêt général, « soit en lui proposant des solutions, soit en mettant en œuvre des solutions automatiquement développées »⁶⁵.

L'on distingue, à cet égard, les processus d'automatisation partielle — lorsqu'un agent humain intervient durant le processus décisionnel — et d'automatisation totale — lorsque des algorithmes gouvernent l'ensemble du processus décisionnel sans intervention humaine^{66 67}.

19. Domaines d'application. Des outils de prise de décision administrative automatisée sont déjà utilisés par les autorités administratives, par exemple, pour l'attribution automatique de statuts administratifs ou de prestations sociales⁶⁸, pour orienter la lutte contre la fraude fiscale et sociale⁶⁹ ou encore dans l'accompagnement des demandeurs et demandeurs d'emploi⁷⁰.

⁶⁴ U.B.U. ROEHL, « Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A Classification of Automated, Administrative Decision-Making », in G. JUELL-SKIELSE, I. LINDGREN et M. ÅKESSON (dir.), *Service Automation in the Public Sector*, Progress in IS, Cham, Springer International Publishing, 2022, pp. 35-63, disponible sur https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-92644-1_3 (consulté le 10 juin 2025).

⁶⁵ J. BOUSQUET, T. CARRÈRE et S. HAMMOUDI, « Avant-propos », in J. BOUSQUET, T. CARRÈRE et S. HAMMOUDI (dir.), *L'action publique algorithmique : risque et perspectives*, Droit public, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 13.

⁶⁶ L'on rappelle, à cet égard, que l'article 22 du RGPD prévoit le droit, pour les usagers, « de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». L'article 22 contient toutefois de nombreuses exceptions au champ d'application très large ce qui peut réduire, en pratique, son utilité concrète pour les usagers.

⁶⁷ J. COBBE, M.S.A. LEE et J. SINGH, « Reviewable Automated Decision-Making : A Framework for Accountable Algorithmic Systems », *Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, mars 2021, pp. 598-609 ; P. DALY, « Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines », *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, 2019, vol. 2020, n° 3, p. 10, disponible sur <https://www.ssrn.com/abstract=3493381> (consulté le 14 octobre 2022).

⁶⁸ Voy. par exemple l'octroi du statut BIM (Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI), « Intervention majorée : meilleur remboursement de frais médicaux », disponible sur <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/soins-de-sante-cout-et-remboursement/facilites-financieres/intervention-majorée> (consulté le 25 mars 2025) ou encore l'octroi automatique du tarif social pour l'énergie (Art. 5, de la loi-programme du 27 avril 2007, *M.B.*, 8 mai 2007, p. 25153).

⁶⁹ Voy. par exemple la loi du 13 mai 2016 modifiant la loi-programme (I) du 29 mars 2012 concernant le contrôle de l'abus d'adresses fictives par les bénéficiaires de prestations sociales, en vue d'introduire la transmission systématique de certaines données de consommation de sociétés de distribution et de gestionnaire de réseaux de distribution vers la BCSS améliorant le datamining et le datamatching dans la lutte contre la fraude sociale, *M.B.*, 27 mai 2016, p. 33415 ; E. DEGRAVE, « The Use of Secret Algorithms to Combat Social Fraud in Belgium », *European review of digital administration & law*, 2020, vol. 1, n° 1-2, pp. 167-178.

⁷⁰ Voy. par exemple à ce sujet A. NARDI, « L'intégration de l'IA dans les CPAS : analyse des exigences du règlement européen sur l'IA », *Revue de droit communal*, n° 3, 2025, p. 6.

20. Apprentissage automatique. Le fonctionnement des systèmes d'IA repose sur des technologies qui présentent des degrés d'autonomie variables. L'on décide, dans la présente contribution, de se concentrer sur les systèmes qui se situent au sommet de l'échelle de l'autonomie en examinant les systèmes d'IA qui font appel à des méthodes d'apprentissage automatique (*machine learning*).

L'apprentissage automatique repose sur des algorithmes conçus de façon itérative⁷¹ à partir de modèles statistiques. Concrètement, des données d'entrée⁷² — à propos d'expériences passées — sont fournies à la machine qui va les analyser afin de détecter des tendances et construire un modèle pour être en mesure de formuler une prédiction ou une recommandation à propos de nouvelles données d'entrée⁷³.

21. Opacité algorithmique. Malgré cette simplicité apparente, le fonctionnement précis de tels systèmes d'IA demeure souvent difficile à comprendre en raison de la complexité des procédés mathématiques et statistiques qu'ils mobilisent. À cette observation s'ajoute le caractère *a priori* non explicite⁷⁴ des méthodes d'apprentissage automatique, justifiant que ces systèmes, qui exploitent un nombre très important de facteurs et de paramètres⁷⁵, soient parfois qualifiés de « boîtes noires »⁷⁶. Les données d'entrées sont connues de l'autorité de même que le résultat — soit la recommandation ou la prédiction destinée à éclairer ou remplacer la prise de décision administrative —, mais le fonctionnement exact de l'outil, au cœur du processus décisionnel, reste difficile à appréhender⁷⁷.

La doctrine distingue jusqu'à cinq modèles d'opacité algorithmique : l'opacité légale — lorsque le fonctionnement du système est volontairement gardé secret afin de respecter certains intérêts reconnus par la loi⁷⁸ (comme le secret d'affaires

⁷¹ A. STROWEL et F. WÉRY, *L'intelligence artificielle pour les juristes*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025, p. 273.

⁷² Les données d'entrée (*input*) sont « les données fournies à un système d'IA ou directement acquises par celui-ci et à partir desquelles il produit une sortie » (art. 3, 30), du Règlement sur l'IA). Voy. égal. A. STROWEL et F. WÉRY, *L'intelligence artificielle pour les juristes*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025, p. 274.

⁷³ Voy. E. DEGRAVE, F. JACQUES, J. MONT et A. NARDI, *ChatGPT est-il un hors-la-loi ?*, coll. Passerelle, Namur, Presses universitaires de Namur, 2025.

⁷⁴ A. STROWEL et F. WÉRY, *L'intelligence artificielle pour les juristes*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, p. 273.

⁷⁵ C. PAUL et D. LE MÉTAYER, « Ni ange ni démon : comment mettre l'IA au service de l'action publique ? », in C. PAUL et D. LE MÉTAYER (dir.), *Maîtriser l'IA au service de l'action publique : une responsabilité individuelle et collective*, Au fil du débat, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2022, p. 17.

⁷⁶ I. MARTIN DELGADO, « Automation, Artificial Intelligence and Sound Administration », *European Review of Digital Administration & Law*, 2022, vol. 3, n° 1, p. 18.

⁷⁷ P. DALY, « Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines », *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, 2019, vol. 2020, n° 3, pp. 3-4.

⁷⁸ A. COIANTE, « The Automation of the Decisionmaking Process of the Public Administration in the Light of the Recent Opinion by the Italian Council of State Regarding the Draft of Regulations Concerning the Modalities of Digitalization in the Public Tender Procedures », *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, vol. 2, n° 1, p. 240.

ou les droits d'auteur)⁷⁹ — ; l'opacité sociologique⁸⁰ — lorsque le fonctionnement du système est uniquement compréhensible par ceux et celles qui possèdent des connaissances et des compétences informatiques suffisantes⁸¹ — ; l'opacité intrinsèque — lorsque le fonctionnement du système est obscur tant pour les profanes que pour les spécialistes des sciences informatiques⁸² — ; l'opacité stratégique — lorsque le fonctionnement du système est délibérément gardé secret⁸³ afin de préserver son efficacité (par exemple, en matière de lutte contre la fraude fiscale et sociale)⁸⁴ — ; et l'opacité involontaire — lorsque les informations relatives au fonctionnement du système sont présentées de manière inaccessible de façon accidentelle⁸⁵ —.

22. Dangers de l'opacité. Le manque de transparence relatif au fonctionnement des systèmes d'IA est particulièrement problématique parce que ces systèmes ne sont pas exempts d'erreurs et parce qu'ils peuvent être porteurs de biais algorithmiques qui sont la reproduction, par des systèmes automatisés, des inégalités déjà présentes au sein de la société⁸⁶.

23. Acteurs impactés. Privé d'informations relatives au fonctionnement des systèmes d'IA, l'utilisateur peut avoir des difficultés à comprendre l'acte dont il est le destinataire et, le cas échéant, à le contester s'il estime, par exemple, que la décision est entachée par une erreur⁸⁷. Sans transparence quant à

⁷⁹ Voy. les exceptions en matière d'accès aux documents administratifs (au niveau fédéral voy. les articles 6 et 9, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17662).

⁸⁰ I. MARTIN DELGADO, « Automation, Artificial Intelligence and Sound Administration », *European Review of Digital Administration & Law*, 2022, vol. 3, n° 1, p. 19.

⁸¹ A. COIANTE, « The Automation of the Decisionmaking Process of the Public Administration in the Light of the Recent Opinion by the Italian Council of State Regarding the Draft of Regulations Concerning the Modalities of Digitalization in the Public Tender Procedures », *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, vol. 2, n° 1, p. 240.

⁸² A. COIANTE, « The Automation of the Decisionmaking Process of the Public Administration in the Light of the Recent Opinion by the Italian Council of State Regarding the Draft of Regulations Concerning the Modalities of Digitalization in the Public Tender Procedures », *European Review of Digital Administration & Law*, 2021, vol. 2, n° 1, p. 241.

⁸³ J. COBBE, M.S.A. LEE et J. SINGH, « Reviewable Automated Decision-Making », *Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, mars 2021, p. 3.

⁸⁴ J. MAXWELL et J. TOMLINSON, *Experiments in automating immigration systems*, Bristol Shorts Research, Bristol, UK, Bristol University Press, 2022, p. 22. À ce sujet, voy. égal. Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, avis n° 2023-104 du 13 juillet 2023 concernant le refus de donner accès aux documents contenant les algorithmes utilisés dans l'outil Big Data Analytics Platforms (BDAP) par l'ONSS.

⁸⁵ J. COBBE, M.S.A. LEE et J. SINGH, « Reviewable Automated Decision-Making », *Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, mars 2021, p. 3.

⁸⁶ Institut Montaigne, *Algorithmes : contrôle des biais S.V.P.*, 2020, p. 26, disponible sur <https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/algorithmes-contrôle-des-biais-svp.pdf> (consulté le 9 décembre 2023).

⁸⁷ I. MARTIN DELGADO, « Automation, Artificial Intelligence and Sound Administration », *European Review of Digital Administration & Law*, 2022, vol. 3, n° 1, p. 23.

l'action concrète de l'autorité, la confiance des usagers risque également d'être ébranlée ⁸⁸.

Si le phénomène de l'opacité algorithmique touche de façon évidente les citoyennes et les citoyens, il interroge également le rôle de l'autorité administrative et des agents à l'origine de la décision partiellement ou entièrement automatisée. Lorsqu'ils sont assistés par des systèmes d'IA, les agents sont également susceptibles de manquer d'informations quant au fonctionnement de ceux-ci, ce qui les empêche de pouvoir justifier pourquoi et comment une décision a été adoptée alors qu'ils doivent en être capables en vertu du principe de motivation des actes administratifs.

B. Une réponse minutieuse au problème de l'opacité

24. Réponses centrées usagers. Les réponses juridiques proposées pour contrer l'opacité des systèmes d'IA sont, pour l'instant, majoritairement centrées autour de la figure des usagers. En droit administratif, c'est ainsi principalement les domaines de la publicité et de la transparence administrative qui sont étudiés par les auteurs et explorés par le législateur.

La loi du 11 avril 1994 relative à la publicité administrative ⁸⁹ a, par exemple, récemment été modifiée afin de prévoir, au titre des obligations de publicité active qui incombent aux autorités administratives, qu'un document doit être mis à disposition des usagers afin de leur permettre de « comprendre quels algorithmes (IA) sont utilisés par l'instance et de quelle manière, en particulier lorsque ces algorithmes sont utilisés pour des décisions qui affectent le citoyen » ⁹⁰.

Les pistes de la publicité passive sont également explorées. L'on rappelle, à cet égard, que certaines autorités considèrent que le code source des algorithmes est un document administratif communicable au sens du droit d'accès aux documents administratifs ⁹¹.

⁸⁸ Chapitre 1^{er} de la Charte de l'utilisateur des services publics. Voy. égal. D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 396-397.

⁸⁹ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17662.

⁹⁰ Art. 7, de la loi du 12 mai 2024 modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et abrogeant la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 6 juin 2024. L'on note que, à ce stade, cette obligation n'est pas encore entrée en vigueur (voy. l'art. 14, de la loi du 12 mai 2024 modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et abrogeant la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 6 juin 2024, p. 70617).

⁹¹ Art. 32 Const. ; C.E., 16 novembre 1999, arrêt n° 83.494 ; CADA fédérale, avis n° 2023/104 du 13 juillet 2023 et avis n° 2023/140 du 31 août 2023. Voy. égal. E. DEGRAVE, « The Use of Secret Algorithms to Combat Social Fraud in Belgium », *European review of digital administration & law*, 2020, vol. 1, n° 1-2.

25. Réponses centrées autorités. Du côté des pouvoirs publics, les pistes de la publicité et de la transparence administrative sont intéressantes, mais celles-ci ne sont, lorsque l'on pense par exemple au principe de motivation formelle des actes administratifs, qu'une démonstration *a posteriori* de la détention, par l'autorité, d'un niveau d'information suffisant pour éclairer sa décision.

Afin de garantir la maîtrise des processus décisionnels automatisés *a priori*, lorsque ceux-ci sont utilisés par les autorités administratives et leurs agents, il est proposé d'examiner l'application d'un autre principe général de droit administratif : le devoir de minutie. Il s'agit également de dégager quelques bonnes pratiques susceptibles d'enrichir l'application de ce principe et de prévenir, au stade de la prise de décision, les phénomènes *rubber-stamping mechanism* — le fait pour l'agent d'approuver sans réel examen la proposition d'une AADM — ou *Computer says no* (« l'ordinateur a refusé ») — le fait, pour une autorité administrative, de refuser une prestation à un usager en s'appuyant uniquement sur les réponses ou les limites du système d'IA —⁹².

26. Minutie et bonne administration. Le devoir de minutie est un principe de bonne administration. Ce vocable couvre une catégorie de principes non écrits qui gouvernent la qualité de l'action administrative⁹³ et qui encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités⁹⁴ dans l'élaboration, l'adoption et l'exécution de leurs décisions.

Le devoir de minutie est une « [o]bligation de soin (ou de diligence) pesant sur l'administration lorsqu'elle prépare ses décisions, les arrête, les porte à la connaissance des intéressés et les exécute »⁹⁵. Selon le Conseil d'État, le devoir de minutie exige de l'administration « qu'elle fasse preuve de prudence dans la préparation d'une décision et qu'elle veille à ce que les aspects juridiques et factuels de l'affaire soient correctement inventoriés et vérifiés afin de pouvoir prendre une décision en connaissance de cause »⁹⁶.

27. Composantes du devoir de minutie. À un stade non contentieux, le devoir de minutie constitue une ligne de conduite à destination des autorités administratives

⁹² J. MEERS, « 'Fatally upsetting the computer': universal credit, earned income, and the demands of automation », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2020, vol. 42, n° 4, pp. 520-521.

⁹³ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 997 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, Patere legem quam ipse fecisti. Transparence administrative ou principes transparents ? », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 63 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et É. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique. 1*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 775 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 356.

⁹⁴ I. VEROUGSTRAETE et A. BOSSUYT, « Le principe (général) (de droit) de bonne administration », *J.T.*, 2020, p. 567.

⁹⁵ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, coll. de la Faculté de Droit Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 497.

⁹⁶ Traduction libre de C.E., 1^{er} février 2013, arrêt *VEKEMANS et csrts*, n° 222.344.

pour les encourager à préparer et à adopter des décisions avec soin⁹⁷. Faire preuve de soin dans la préparation et dans l'adoption d'une décision impose à l'autorité d'instruire correctement les aspects factuels et juridiques du dossier, de les inventorier et de les vérifier. L'autorité doit être pleinement informée de l'ensemble des données susceptibles d'influencer la décision. Elle doit prendre en compte les données les plus récentes et les plus exactes⁹⁸ et s'informer grâce aux avis potentiellement éclairants d'autres instances dont elle doit ou peut s'enquérir⁹⁹.

À un stade contentieux, les contours du devoir de minutie tendent à se confondre avec l'obligation de motivation matérielle¹⁰⁰ s'imposant à tout acte administratif. Le devoir de minutie impose, en effet, à l'administration « de faire apparaître clairement les motifs qui l'ont conduite à se déterminer dans un sens plutôt que l'autre »¹⁰¹.

28. Autonomie du principe. La reconnaissance du devoir de minutie en tant que principe autonome n'est pas partagée par l'ensemble des auteurs, dont certains jugent qu'il s'agit plutôt d'une manifestation spécifique du pouvoir d'appréciation des autorités administratives¹⁰². La jurisprudence du Conseil d'État est également divisée sur cette question¹⁰³.

L'on estime toutefois pouvoir se rallier à l'appréciation de Thomas Cambier et Rémi Quintin lorsqu'ils considèrent qu' :

« [...] il est difficilement concevable qu'un défaut d'examen minutieux puisse aboutir à une décision qui ne serait pas illégale, particulièrement au regard de l'obligation de motivation matérielle. En effet, comment s'assurer qu'un acte administratif repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles s'il apparaît que l'administration n'a pas procédé à un examen complet et minutieux du

⁹⁷ T. CAMBIER et R. QUINTIN, « Les exigences de bonne administration et de bonne citoyenneté comme fondements de principes généraux de droit administratif », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 71.

⁹⁸ I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: Grondslagen en beginselen*, Morsel, Intersentia, 2019, p. 374.

⁹⁹ I. OPDEBEEK et S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: Grondslagen en beginselen*, Morsel, Intersentia, 2019, p. 375.

¹⁰⁰ D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 370 et s.

¹⁰¹ C.E., 6 mars 2002, arrêt *VAN DELFT*, n° 104.382.

¹⁰² T. CAMBIER et R. QUINTIN, « Les exigences de bonne administration et de bonne citoyenneté comme fondements de principes généraux de droit administratif », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 70.

¹⁰³ C.E., 12 décembre 2012, arrêt *Fellah*, n° 221.713 ; C.E., 21 avril 2009, arrêt *Société privée à responsabilité limitée Castronovo*, n° 192.484 ; C.E., 15 janvier 2010, arrêt *s.a. Cora et csrts*, n° 199.528. Voy. égal. C.E., 30 juin 2016, n° 235.311. Voy. aussi, C.E., 3 mars 2016, n° 234.014 ; C.E., 11 décembre 2015, n° 233.235 ; C.E., 13 février 2015, n° 230.209 ; C.E., 12 décembre 2012, n° 221.713 ; C.E., 15 janvier 2010, n° 199.528 et n° 199.529. Voy. égal. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, coll. de la Faculté de Droit Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 499.

dossier ? On pourrait dès lors considérer que le devoir de minutie constitue un préalable indispensable au respect de l'obligation de motivation matérielle »¹⁰⁴.

29. Renforcement du principe face aux AADM. Bien que l'autonomie du devoir de minutie soit parfois remise en question, sa pertinence dans le contexte de la prise de décision automatisée invite peut-être à reconsidérer le principe sous un angle nouveau et à en souligner l'utilité. L'automatisation des processus de prise de décision ne dispense, en effet, pas l'autorité de respecter les exigences de soin qui s'imposent en vertu du devoir de minutie. L'on s'interroge, dès lors, sur la portée que recouvre cette exigence dans le contexte des outils d'AADM.

En imposant à l'autorité administrative de prendre en compte l'ensemble des éléments du dossier afin de rendre une décision en pleine connaissance de cause — sous peine de voir ensuite surgir des illégalités susceptibles d'entraîner l'annulation de l'acte — le devoir de minutie exige, à notre estime, la mise en place de plusieurs bonnes pratiques par toute autorité souhaitant recourir à des systèmes d'IA pour assister ou remplacer, en tout ou en partie, le processus de prise de décision administrative.

30. Pont vers le droit du numérique. Pour déceler les bonnes pratiques à adopter conformément au devoir de minutie, l'on estime pouvoir s'inspirer des développements du droit du numérique et, ainsi, faire le pont entre les deux corpus normatifs — le droit administratif et le droit du numérique — ayant vocation à s'appliquer au phénomène de la numérisation de l'action publique. Le droit du numérique connaît de nombreux développements au niveau européen et lorsque l'on examine, par exemple, le texte du Règlement européen sur l'IA, l'on constate qu'un grand nombre de ses exigences pourrait servir de guide afin de baliser les contours d'une application du devoir de minutie dans le contexte étudié.

L'on propose, pour illustrer le propos, d'examiner l'article 14 de ce règlement, consacré au contrôle humain des systèmes d'IA.

31. Contrôle humain. Le contrôle humain est consacré par le législateur européen afin de « prévenir ou [de] réduire au minimum les risques pour la santé, la sécurité ou les droits fondamentaux qui peuvent apparaître lorsqu'un système d'IA à haut risque »¹⁰⁵

¹⁰⁴ T. CAMBIER et R. QUINTIN, « Les exigences de bonne administration et de bonne citoyenneté comme fondements de principes généraux de droit administratif », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 71.

¹⁰⁵ Le Règlement européen sur l'intelligence artificielle adopte une approche centrée sur les risques, ce qui signifie que plus le risque que le système d'IA nuise à la santé, la sécurité ou les droits fondamentaux est élevé, plus les dispositions qui leur sont applicables sont strictes. Les systèmes d'IA à haut risque sont les systèmes les plus encadrés par le texte parce qu'ils ont une incidence négative sur la sécurité des personnes ou sur les droits fondamentaux. Il s'agit des systèmes visés aux annexes I et III du Règlement.

est utilisé conformément à sa destination ou dans des conditions de mauvaise utilisation raisonnablement prévisible »¹⁰⁶.

En vertu de la disposition qui l'organise, le contrôle humain doit permettre à ce que l'autorité administrative amenée à déployer¹⁰⁷ un système d'IA soit en mesure :

- « de comprendre correctement les capacités et limites pertinentes du système d'IA à haut risque et d'être en mesure de surveiller correctement son fonctionnement, y compris en vue de détecter et de traiter les anomalies, les dysfonctionnements et les performances inattendues »¹⁰⁸ et « d'interpréter correctement les sorties du système d'IA à haut risque, compte tenu par exemple des outils et méthodes d'interprétation disponibles »¹⁰⁹ ;

Le contrôle des systèmes d'IA implique donc, pour les autorités administratives, d'obtenir suffisamment d'informations de la part des fournisseurs¹¹⁰ et des concepteurs de ces systèmes afin d'acquérir une compréhension fine de leur fonctionnement pour pouvoir apprécier les recommandations des systèmes et les mobiliser, le cas échéant, dans une décision en parfaite connaissance de cause¹¹¹. La formation des agents sur le plan technique et leur familiarisation avec le fonctionnement des systèmes d'IA semble, à cet égard, cruciale pour qu'ils soient en mesure de comprendre minutieusement la logique intrinsèque qui gouverne la prise de décision dont ils ont, en définitive, la responsabilité.

- de ne pas « se fier automatiquement ou excessivement aux sorties produites par un système d'IA à haut risque (biais d'automatisation), en particulier pour les systèmes d'IA à haut risque utilisés pour fournir des informations ou des recommandations concernant les décisions à prendre par des personnes physiques »¹¹² ;

Le phénomène bien connu et documenté des biais d'automatisation vise la tendance qu'ont les agents humains à accorder une importance

¹⁰⁶ Arti. 14, § 2, Règlement sur l'IA.

¹⁰⁷ Le déployeur est « une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou tout autre organisme utilisant sous sa propre autorité un système d'IA sauf lorsque ce système est utilisé dans le cadre d'une activité personnelle à caractère non professionnel » (art. 3, 4), du Règlement sur l'IA).

¹⁰⁸ Art. 14, § 4, a), Règlement sur l'IA.

¹⁰⁹ Art. 14, § 4, c), Règlement sur l'IA.

¹¹⁰ Le fournisseur est « une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou tout autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA ou un modèle d'IA à usage général et le met sur le marché ou met le système d'IA en service sous son propre nom ou sa propre marque, à titre onéreux ou gratuit » (art. 2, 3), Règlement sur l'IA).

¹¹¹ Pour aider les déployeurs dans cette tâche d'interprétation, les SIA doivent être « accompagnés d'une notice d'utilisation dans un format numérique approprié ou autre, contenant des informations concises, complètes, exactes et claires qui soient pertinentes, accessibles et compréhensibles pour les déployeurs » (Voy. art. 13 Règlement sur l'IA).

¹¹² Art. 14, § 4, b), Règlement sur l'IA.

excessive aux recommandations formulées par les systèmes d'IA « même dans des situations où les informations fournies par ces systèmes sont incorrectes ou que le jugement humain serait plus pertinent »¹¹³. Il est donc important pour l'autorité administrative et ses agents de prendre le soin de s'assurer que la décision prise est mesurée et qu'elle ne dépend pas d'une influence inadéquate du système d'IA ou d'une confiance aveugle placée dans les capacités de celui-ci.

- « de décider, dans une situation particulière, de ne pas utiliser le système d'IA à haut risque ou d'ignorer, remplacer ou inverser la sortie du système d'IA à haut risque »¹¹⁴ ou « d'intervenir dans le fonctionnement du système d'IA à haut risque ou d'interrompre le système au moyen d'un bouton d'arrêt ou d'une procédure similaire permettant au système de s'arrêter de manière sécurisée »¹¹⁵.

Dans cette dernière perspective, prendre une décision avec soin implique également de s'interroger sur la pertinence des outils mobilisés et de garder une marge d'appréciation suffisante pour avoir la liberté de s'écarter de la recommandation formulée par le système d'IA, de renoncer à son utilisation ou d'en interrompre le fonctionnement si celui-ci est susceptible de compromettre la qualité de l'acte administratif en cours d'élaboration.

32. Soin et attention. Si l'ampleur de la présente contribution ne permet pas d'envisager toutes les facettes du devoir de minutie dans le contexte de la prise de décision automatisée, les quelques lignes qui précèdent auront permis, on l'espère, de souligner l'intérêt intellectuel et pratique d'interpréter les principes généraux du droit public au regard des nouveaux textes qui émergent spécifiquement pour adresser les risques que posent les outils numériques.

Grâce aux garanties de l'article 14 du Règlement sur l'IA, les autorités administratives sont encouragées à garder la main sur les différentes étapes de la procédure. Pour cela, elles doivent être pleinement informées des éléments techniques qui interviennent dans le processus de prise de décision et elles doivent pouvoir prendre leur décision en pleine connaissance de cause. Exiger d'une décision qu'elle soit préparée, adoptée, puis communiquée avec soin reviendrait alors à exiger que chaque décision, que chaque acte administratif, ait recueilli une parcelle de l'attention de l'autorité administrative.

¹¹³ H. RUSCHEMEIER et L.J. HONDRICH, « Automation bias in public administration – an interdisciplinary perspective from law and psychology », *Government Information Quarterly*, 2024, vol. 41, n° 3, p. 1.

¹¹⁴ Art. 14, § 4, d), Règlement sur l'IA.

¹¹⁵ Art. 14, § 4, e), Règlement sur l'IA.

33. Transformation du rapport à la connaissance. L'introduction et la mise à disposition de systèmes d'IA, orientés vers la prédiction, transforment en profondeur le rapport à la connaissance, tant pour les gouvernants que pour les gouvernés. L'IA produit de nouvelles formes de savoirs à partir de quantités massives de données, mais ceux-ci échappent en partie à l'interprétation humaine, rendant leur utilisation difficile à contrôler.

Dans les contextes électoral et administratif analysés, l'IA modifie à la fois la production des connaissances et leur exploitation. Ainsi, elles peuvent être manipulées, au risque de créer un climat de doute ou des bulles informationnelles homogènes. En outre, les connaissances issues du fonctionnement d'outils automatisés d'aide à la décision tendent à remplacer les connaissances traditionnelles mobilisées par les agents. Ces mutations affectent le traitement des connaissances et mènent à une situation de déficit informationnel.

Un déplacement de la maîtrise des connaissances s'opère alors : là où celles-ci étaient auparavant produites, détenues, transmises, interprétées et mobilisées par des agents humains, elles sont désormais intégrées, transformées, voire directement créées par des systèmes techniques. Ces connaissances amènent ainsi les sujets de droit à poser des décisions dont les ressorts leur échappent. Plus fondamentalement, le manque de maîtrise sur cette nouvelle forme de savoir interroge la rationalité de son utilisation par le sujet de droit, et cela particulièrement dans les contextes étudiés, où les décisions relèvent de l'exercice démocratique ou de l'action publique.

34. Rôle du droit et des juristes. Ce faisant, l'analyse a cherché à déterminer si le droit peut contribuer à créer les conditions nécessaires à la rationalité décisionnelle qu'il postule. Les exemples étudiés démontrent que, si le droit offre des réponses précieuses, il impose aux juristes de jongler avec plusieurs corpus normatifs : les normes qui gouvernent habituellement leurs matières — les droits fondamentaux, les principes généraux du droit, etc. — et les régulations émergentes du numérique, principalement issues du droit européen.

Cette hybridation invite à une interprétation créative des textes pour répondre à des problématiques inédites encore peu couvertes par la jurisprudence. Il subsiste toutefois une interrogation quant à l'applicabilité, la mise en œuvre concrète et l'effectivité de certaines normes issues des corpus de droit du numérique.

Alors que ces outils bouleversent le rapport à l'information et aux connaissances, sortir de ce flou est impératif pour mener une réflexion plus large au sujet de la notion même de rationalité et d'autonomie décisionnelle. Il appartient, en effet, d'affirmer, collectivement, notre positionnement face au réel et aux méthodes considérées comme acceptables pour le façonner.

ENVIRONNEMENT ET REPRÉSENTATIVITÉ

L'influence des éthiques environnementales sur les mutations contemporaines du droit : le cas du préjudice écologique

par Samuel Raquin

Doctorant en droit de l'environnement à l'université de Strasbourg

et Angeliki Zorzou

Doctorante en droit de l'environnement à l'université de Strasbourg

RÉSUMÉ

La notion de préjudice réparable a été profondément transformée par la loi française du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. L'article 1247 du Code civil, aux termes duquel est désormais réparable le « préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », crée une exception au caractère personnel du dommage en consacrant la réparabilité d'un préjudice subi par une entité dépourvue de personnalité juridique. Le caractère novateur, original, voire subversif du préjudice écologique en droit de la responsabilité invite à étudier ses fondements, c'est-à-dire ses inspirations axiologiques et les normes éthiques qui ont pu, ou dû être prises pour justifier son adoption. L'étude des travaux préparatoires de la loi biodiversité et des travaux doctrinaux l'ayant influencée révèle que l'article 1247 du Code civil véhicule des conceptions philosophiques difficilement conciliables de prime abord. Un courant favorable à la protection de l'environnement au nom de sa valeur intrinsèque semble avoir influencé une partie de la définition légale du préjudice écologique. Néanmoins, celle-ci véhicule également de manière paradoxale une conception instrumentale de la nature. Une lecture dynamique de l'article 1247 du Code civil, suivant laquelle seraient protégés non pas les humains d'un côté et les écosystèmes de l'autre mais leur relation d'interdépendance et le collectif qu'ils forment ensemble, permet d'assigner un fondement adéquat au préjudice écologique — l'éthique relationnelle écocentrique — et de restaurer sa cohérence axiologique.

ABSTRACT

The notion of damage was significantly transformed by the French Law of August 2016 for the reconquest of biodiversity, nature and landscapes. The law defined the ecological damage in the Civil Code as a “non-negligible impairment of the elements or functions of ecosystems or of the collective benefits derived by man from the environment”¹. It creates an exception to the personal character of damage as the ecological damage is suffered by an entity lacking legal personality. This innovation prompted us to study its ethical foundations. The review of the parliamentary and academic works reveals that the ecological damage’s definition bears philosophical conceptions of nature that seems to be difficult to reconcile: intrinsic value and instrumental value. Despite this contradiction, we’ll show that the ecological damage protects the interests of a collective of humans and non-humans, and thus their interdependent relationship. This dynamic reading of the Civil Code allows us to propose an adequate ethical basis to the ecological damage: the relational ecocentric ethic.

INTRODUCTION²

1. La notion de préjudice réparable, cardinale en droit, a été profondément transformée par la loi française du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages³. Classiquement, seuls les préjudices personnels peuvent être réparés par le juge. L’article 2 du Code de procédure pénale n’ouvre l’action civile qu’à ceux qui ont « personnellement souffert du dommage directement causé par l’infraction », tandis que la jurisprudence civile rappelle régulièrement qu’un préjudice doit être personnel direct et certain pour ouvrir droit à réparation⁴. L’exigence d’un préjudice personnel signifie que seule la personne à qui le fait dommageable porte préjudice peut en demander réparation⁵. Ce sont donc uniquement les personnes juridiques, physiques ou morales, qui peuvent prétendre par principe à la qualité de victime⁶. L’article 1247 du Code civil, aux termes duquel est désormais réparable le « préjudice écologique consistant

¹ G. J. MARTIN, « Ecosystem-based approach and restoration or compensation for ecological damage », *Life & Environment*, vol. 70, 2020, n° 3-4, p. 113.

² Nous déclarons qu’aucun outil d’intelligence artificielle n’a été volontairement utilisé pour concevoir cet article.

³ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF*, 9 août 2016.

⁴ Voy. p. ex. : Cass. (2^e civ.), 24 octobre 2019, n° 18-15.827, inédit ; Cass. (2^e civ.), 12 novembre 1986, n° 85-14.486, publié au bulletin.

⁵ A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 104.

⁶ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, p. 319. Voy. aussi : P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 139.

en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement », crée une exception au caractère personnel du dommage en consacrant la réparabilité d'un préjudice subi par une entité dépourvue de personnalité juridique⁷. Cette avancée législative a été initiée par l'arrêt du 25 septembre 2012 de la chambre criminelle consécutive au naufrage du pétrolier « Erika » aux larges des côtes bretonnes en décembre 1999⁸. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait considéré en substance qu'en sus des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'une atteinte à l'environnement, certaines personnes morales bénéficiant d'un droit d'agir pour défendre leurs intérêts collectifs pouvaient demander réparation du préjudice écologique⁹. Elle l'avait alors défini comme « l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction ». Cette reconnaissance prétorienne laissait néanmoins en suspens bon nombre de difficultés (fondement textuel incertain, personnes habilitées à agir et modalités de réparation du préjudice inconnues...) qui ont motivé l'intervention des parlementaires¹⁰.

2. La consécration du préjudice écologique dans le Code civil amorcerait une « révolution juridique » selon le législateur¹¹, un « changement de paradigme » pour la doctrine¹². Postulant le fait que « les normes de droit intègrent des valeurs mises en exergue par l'éthique »¹³, et en particulier que la règle morale peut pénétrer le monde juridique en cherchant à s'incarner dans une règle obligatoire de conduite¹⁴, le caractère novateur, original, voire subversif du préjudice écologique en droit de la responsabilité invite à étudier ses fondements, c'est-à-dire ses inspirations axiologiques et les normes éthiques qui ont pu, ou dû être prises pour

⁷ M. BACACHE et C. LARROUMET, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, 2021, p. 594.

⁸ Cass. (crim.), 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *D.*, 2012, p. 2711, note P. DELEBECQUE, p. 2920, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, p. 2673, obs. L. NEYRET, p. 2675, obs. V. RAVIT et O. SUTTERLIN ; *Envir.*, janvier 2013, n° 1, p. 19, étude par M. BOUTONNET ; *RJE*, 2013, n° 3, p. 457, note M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et D. GUIHAL.

⁹ M. HAUTEREAU BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021, pp. 141-142.

¹⁰ L. NEYRET, « La consécration du préjudice écologique dans le Code civil », *Rec. Dalloz*, 2017, n° 17, p. 926.

¹¹ Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire par Mme Geneviève Gaillard, *Doc.*, Ass. Nat., 2015-2016, n° 3564, p. 29.

¹² M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « L'admission dans le Code civil de la réparabilité du préjudice écologique ; lésion d'un intérêt commun », in P. SIMPLER, N. RONTCHEVSKY, J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de J.-P. et M. Storck, Liber amicorum*, Paris, Dalloz-Joly, 2021, p. 33 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « L'évolution des formes de préjudice : le cas du préjudice écologique », *Les Cahiers Portalis*, 2022, n° 9, p. 25.

¹³ J. SOHNLE et C. BOURIAU, « Avant-propos », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 30.

¹⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Éditions LGDJ-Lextenso, 2014, pp. 6-7.

justifier son adoption¹⁵. Il s'agira plus précisément de cerner la manière dont les éthiques environnementales, appréhendées comme un savoir extra-juridique, ont influencé la définition du préjudice écologique¹⁶. Pour ce faire, ont été décomposés les « raisonnements [du législateur] afin de mettre à jour [ses] divers pré-supposés théoriques ou idéologiques »¹⁷. À la lumière des thèses des philosophes de l'environnement, une analyse du texte du Code civil mais aussi des travaux préparatoires de la loi biodiversité et des travaux doctrinaux l'ayant influencée a été opérée, ces derniers ayant été jugés utiles pour éclairer son axiologie. La démarche se veut ainsi interdisciplinaire en ce qu'elle prend « appui sur une autre discipline de manière à porter un regard différent sur les objets juridiques, sur les impensés de la discipline »¹⁸.

3. Les fondements éthiques de la responsabilité environnementale ont pu être recherchés dans les écrits d'Albert Schweitzer¹⁹, ou plus couramment dans ceux de Hans Jonas²⁰ ou encore de Paul Ricœur²¹. Les thèses de ces auteurs consacrées à la responsabilité de l'humanité à l'égard de la vie ont notamment favorisé, au-delà de la consécration du principe de précaution, des propositions favorables à l'édification d'une « responsabilité pour l'avenir » centrée sur les générations futures et le vivant²², ou encore d'un modèle de responsabilité fondé sur la transmission du patrimoine commun de l'humanité au profit des générations futures²³. L'étude des fondements du préjudice écologique doit permettre de déterminer la

¹⁵ Comp. J. SOHNLE et C. BOURIAU, « Avant-propos », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 27.

¹⁶ Comp. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Éditions LGDJ-Lextenso, 2014, p. 5 : l'auteur entreprend l'étude de l'influence de la loi morale dans l'élaboration pratique des règles de droit par le législateur et par le juge.

¹⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2022, p. 14.

¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2022, p. 379, citant M.-C. PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 227.

¹⁹ A. SCHWEITZER, *Respect et responsabilité pour la vie*, Paris, Arthaud, 2019, 256 p. Pour Jochen Sohnle, la philosophie schweitzérienne du respect de la vie défend un « humanisme biocentré » et aboutit à l'émancipation de toutes les manifestations de la vie qui se traduit juridiquement par l'inclusion des écosystèmes dans le cercle des titulaires juridiques (J. SOHNLE, « Vers un modèle juridique mondial de personnalité d'écosystèmes naturels : conséquence d'un humanisme biocentré », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, spéc. pp. 348-354).

²⁰ H. JONAS, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, 2008, 470 p.

²¹ P. RICŒUR, « Le concept de responsabilité Essai d'analyse sémantique », in *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 41.

²² J. ROCHFELD, « Propos introductifs », in M. MEKKI (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 12 et s. ; C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 9, pp. 577 et s.

²³ F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2013, pp. 295 et s.

manière dont celui-ci participe à la traduction de ces modèles en droit positif, et à leur approfondissement.

4. Nous verrons que la définition du préjudice écologique subit des influences croisées. Un courant favorable à la protection de l'environnement au nom de sa valeur intrinsèque (ou inhérente, les deux termes ayant, à peu de chose près, la même signification ²⁴) a influencé une partie de la définition légale du préjudice écologique (I). Néanmoins, celle-ci véhicule également de manière paradoxale une conception instrumentale de la nature (II). Cette dualité pourrait faire douter de la cohérence axiologique du préjudice écologique. En optant pour une lecture dynamique de l'article 1247 du Code civil, suivant laquelle seraient protégés non pas les humains d'un côté et les écosystèmes de l'autre mais le collectif qu'ils forment ensemble, cette cohérence peut être établie et un fondement adéquat assigné au préjudice écologique (III).

I. LA RECONNAISSANCE DE LA VALEUR INTRINSÈQUE DES ÉCOSYSTÈMES PAR LE PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

5. Une partie des juristes et des philosophes dénoncent avec une certaine convergence l'anthropocentrisme du contenu de leur discipline respective. La démonstration est connue : la philosophie humaniste, au moins depuis la Renaissance, a fait de l'homme la « mesure de toutes choses » ; celui-ci est à la fois la source de la pensée et de la valeur, et leur fin ultime ²⁵ ; les objets naturels sont relégués au rang des « instruments », et sont inclus dans la catégorie des choses ²⁶ et non des personnes. Par conséquent, la nature est soumise au droit de propriété, conçu comme absolu et exclusif, et au pouvoir illimité et discrétionnaire de son propriétaire ²⁷. Par ailleurs, les atteintes aux choses environnementales hors commerce et sans rapport juridique avec un patrimoine ou à celles qui ne seraient pas protégées par le biais d'un droit fondamental, ne peuvent être réparées ²⁸.

6. Constatant l'altération croissante de la biosphère, et afin que les humains ne disposent plus librement et sans limites des éléments naturels « réifiés », des éthiciens ont développé la thèse suivant laquelle les entités naturelles ou la nature comme un tout posséderait une valeur intrinsèque. Tout ce qui doit être traité

²⁴ J.-B. CALLICOTT, « La valeur intrinsèque dans la nature : une analyse métaéthique », in H.-S. AFEISSA (dir.), *Éthique de l'environnement Nature, valeur, respect*, Paris, Vrin, 2007, p. 199.

²⁵ F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2013, p. 155.

²⁶ C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, p. 20.

²⁷ S. GUTWIRTH, « Culture contre nature », in A. ACOSTA, C. BONNEUIL, V. CABANES et al. (dir.), *Des droits pour la nature*, Paris, Les Éditions Utopia, 2016, p. 35.

²⁸ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, p. 206.

comme une « fin en soi » serait doté d'une valeur intrinsèque, et il existerait de telles fins dans la nature car les organismes vivants déploient des stratégies adaptatives (moyens) pour se conserver dans l'existence et se reproduire (fins)²⁹. Toute entité ayant une fin mériterait d'être moralement considérée et non plus seulement les êtres raisonnables : en effet, ainsi que l'explique Catherine Larrère, « la raison pour laquelle je m'attribue une valeur, parce que je me reconnais comme étant principe d'action, implique que je reconnaisse la même valeur à toute entité qui possèdera la même caractéristique »³⁰. Les théories éthiques établissant de la sorte la valeur intrinsèque des êtres vivants peuvent être comprises comme ayant étendu le schéma anthropocentrique kantien des fins³¹, et sont qualifiées pour cette raison d'extensives³² ou d'extensionnistes³³.

7. Au vu de la porosité de la frontière entre la philosophie du droit de l'environnement et les travaux menés en éthique environnementale³⁴, des propositions juridiques ont logiquement accompagné la redéfinition de la valeur de la nature. Il est possible de distinguer, sans nier les relations étroites qu'elles peuvent entretenir³⁵, les propositions prônant l'attribution de la qualité de personne et des droits « subjectifs » à la nature d'une part³⁶, de celles plaidant en faveur de la protection des intérêts légitimes des écosystèmes à travers la reconnaissance d'un dommage environnemental « pur » d'autre part³⁷. Ce dernier a été défini comme le dommage causé « à des ressources naturelles sans qu'aucun intérêt humain soit directement ou immédiatement lésé »³⁸. La protection juridique des

²⁹ C. LARRÈRE, « De l'éthique du statut à l'éthique des relations : la valeur intrinsèque et sa critique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 60.

³⁰ C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, p. 29.

³¹ C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, pp. 13, 25 et 29, citant E. KANT *Fondements de la métaphysique des mœurs*, II^e section, trad. franc., *Œuvres philosophiques*, t. II, Paris, Gallimard, 1985, pp. 294-295, et 302.

³² C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, p. 37.

³³ J.-B. CALLICOTT, « Environnement », in M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, p. 642. Pour l'auteur, l'argumentation de ces éthiques, dans sa forme la plus générale, « consiste à prendre pour point de départ une théorie moderne sous sa forme classique puis d'étendre sa portée jusqu'à ce qu'elle englobe un ensemble défini d'entités naturelles non humaines ».

³⁴ J. NICKEL et D. MAGRAW, « Philosophical issues in International Environmental Law », in S. BESSON et J. TASIOLAS (dir.), *The philosophy of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 453.

³⁵ Voy. p. ex. : C.D. STONE, « Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights For Natural Objects », *Southern California Law Review*, 1972, n° 45, spéc. pp. 473 et s. L'auteur argumente en faveur de la personnification de la nature afin de pouvoir demander notamment la réparation devant le juge des dommages qui lui sont causés.

³⁶ Pour un exposé de ces propositions : L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 256 et s.

³⁷ Pour un exposé de ces propositions : L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 140 et s.

³⁸ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, p. 141, citant G. J. MARTIN, « Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique pur », in *Droit et environnement*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 115.

intérêts légitimes de la nature doit être garantie par l'application des règles de la responsabilité civile et administrative. Cette seconde option, perçue comme moins attentatoire que la première aux fondements des notions de personne et de sujet de droit³⁹, n'en est pas moins novatrice. Elle constituerait selon la doctrine un moyen d'attribuer une « valeur » à la nature en tant que telle, d'en faire un « objet direct de protection »⁴⁰ et ferait sortir cette dernière de la catégorie des choses pour l'intégrer dans une catégorie intermédiaire qualifiée par des auteurs de « centres d'intérêt »⁴¹ ou encore de « *patiens* »⁴². À l'image de certaines théories des droits de la nature, le préjudice écologique « pur » réinvestit néanmoins « la vision d'une nature séparée de l'humanité » en « visant à protéger une nature “pour elle-même” »⁴³ et entretient de ce fait des « représentations fortement dualistes, qui mettent l'homme à part de la nature, ou la nature à part de l'homme »⁴⁴. Ces représentations établissent entre les deux parties une relation de concurrence⁴⁵ là où la coopération doit primer. En tout état de cause, le courant « philosophico-juridique » favorable à la reconnaissance de la valeur intrinsèque de la nature et à sa protection indépendamment de l'homme a semble-t-il influencé le législateur au moment de la rédaction et de l'adoption du préjudice écologique en 2016.

8. Une même volonté animait les parlementaires et membres du gouvernement ayant participé à l'élaboration de la loi biodiversité : celle de consacrer le préjudice résultant d'une atteinte à l'environnement en lui-même. La définition figurant à

³⁹ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, p. 141, citant G. J. MARTIN, « Réflexions sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique pur », in *Droit et environnement*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, pp. 293-294, et 312.

⁴⁰ P. JOURDAIN, « Le dommage écologique et sa réparation Rapport français », in B. DUBUISSON et G. VINEY (dir.), *Les responsabilités civiles environnementales dans l'espace européen : point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant-Schulthess-LGDJ, 2006, p. 146.

⁴¹ Cette qualification a été proposée par Gérard Farjat (« Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt, Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.*, 2002, pp. 221-245). Gilles J. Martin (« De quelques évolutions du droit contemporain à la lumière de la réparation du préjudice écologique par le droit de la responsabilité civile », *La Revue des juristes de Sciences Po*, 2020, n° 18, p. 74) et Laurent Neyret (*Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 416 et s.) considèrent que le préjudice écologique réalise l'intégration des écosystèmes ou du vivant dans cette catégorie.

⁴² Cette qualification a été proposée par Jochen Sohnle (« Les droits de la nature face à l'urgence climatique », *Journal européen des droits de l'homme*, 2022, n° 2, p. 165), pour désigner une catégorie *sui generis* au sein de laquelle la nature bénéficierait de droits sans être débitrice d'obligations.

⁴³ P. WALCKIERS, « Vers un “droit des relations” entre humains et non-humains comme alternative aux droits de la nature », *Ann. Dr. Louvain*, vol. 84, 2022, n° 1, p. 10. L'auteur évoque les théories dualistes des droits de la nature. Son propos nous paraît pouvoir être étendu au préjudice écologique « pur ».

⁴⁴ C. LARRÈRE, « De l'éthique du statut à l'éthique des relations : la valeur intrinsèque et sa critique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 63.

⁴⁵ C. LARRÈRE, « Peut-on échapper au conflit entre anthropocentrisme et éthique environnementale ? », in A. FAGOT-LARGEAULT et P. ACOT (dir.), *L'éthique environnementale*, Chilly-Mazarin, Sens Éditions, 2000, p. 21.

l'article 1247 du Code civil résulte essentiellement de la rédaction proposée par la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire de l'assemblée nationale ⁴⁶, elle-même largement inspirée du rapport dit « Jégouzo » réalisé à l'initiative de la ministre de la justice Christiane Taubira en 2013 ⁴⁷. Le groupe de travail ayant rédigé ce rapport avait pour mission, suivant la lettre de mission adressée par la ministre à Yves Jégouzo, de préparer la consécration dans la loi d'un préjudice « causé à l'environnement en tant que tel » ⁴⁸. L'article prévoyant l'inscription du préjudice écologique dans le projet de loi relatif à la biodiversité a été défendu par la secrétaire d'État à la biodiversité Barbara Pompili comme une ouverture « dans notre législation [d']un nouveau droit. Il s'agit de rendre obligatoire la réparation des préjudices subis par la nature, indépendamment de toute atteinte à l'homme [...] » ⁴⁹. Plus explicitement encore, le sénateur Jean-Claude Requier constatait « [qu']après une longue gestation, juridictions, juristes et législateurs auront permis la reconnaissance par le droit du préjudice écologique pur » ⁵⁰.

9. L'ambition de consacrer un préjudice écologique « pur » et de protéger par ce biais la nature « en tant que telle » indépendamment de toute atteinte à l'homme a été traduite à l'article 1247 du Code civil. Suivant cet article, sont désormais réparables les atteintes aux « éléments » des écosystèmes — c'est-à-dire leurs divers composants comme les sols, les milieux aquatiques, les espèces... ⁵¹ — ou à leurs « fonctions » — qui renvoient aux interactions entre les éléments et les processus biologiques et biophysiques qui permettent le maintien et le fonctionnement d'un écosystème ⁵². L'influence sur le législateur des courants éthiques « extensionnistes » semble donc caractérisée. Néanmoins, la mention des « bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » dans la définition du préjudice écologique invite à pousser plus loin l'analyse de ses fondements éthiques.

⁴⁶ Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire par Mme Geneviève Gaillard, *Doc.*, Ass. Nat., 2015-2016, n° 3564, p. 59.

⁴⁷ Y. JÉGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 62.

⁴⁸ Y. JÉGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 62, Annexe 1 — La lettre de mission adressée le 24 avril 2013 au président du groupe de travail par la garde des sceaux, p. 2.

⁴⁹ Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, discussion sur l'article 2bis, *J.O.R.F.*, Ass. nat., 2015-2016, séance du mardi 15 mars 2016, n° 27-2, p. 1969.

⁵⁰ Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, discussion générale, *J.O.R.F.*, Sén., 2015-2016, séance du mardi 10 mai 2016, n° 45 S., p. 7276.

⁵¹ F. AGOSTINI, J. ARONSON *et al.*, « Proposition de Nomenclature des préjudices liés au dommage environnemental », in G.-J. MARTIN et L. NEYRET (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, 2012, p. 15.

⁵² F. AGOSTINI, J. ARONSON *et al.*, « Proposition de Nomenclature des préjudices liés au dommage environnemental », in G.-J. MARTIN et L. NEYRET (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, 2012, p. 16.

II. L'INTRUSION DE VALEURS INSTRUMENTALES AU SEIN DE LA DÉFINITION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

10. Analysons de manière plus approfondie la seconde partie de la définition légale du préjudice écologique. La notion de « bénéfices collectifs » doit être entendue comme synonyme de celle de services écologiques rendus à l'homme, ou de services écosystémiques⁵³. Le Millenium Ecosystem Assessment, une évaluation environnementale globale des écosystèmes, réalisée entre 2001 et 2005, distingue quatre catégories de services écosystémiques : les services d'approvisionnement (nourriture, eau, bois p. ex.), les services de régulation (régulation du climat ou de la qualité de l'eau), les services culturels (bénéfices esthétiques, récréatifs et spirituels) et les services d'auto-entretien, comme la photosynthèse et le cycle nutritif⁵⁴. L'atteinte aux éléments et fonctions des écosystèmes doit théoriquement être distinguée de celle portée aux services/bénéfices collectifs : alors que la première touche les composants et les processus dynamiques d'un écosystème, la seconde impacte les interrelations qui existent entre les fonctions écosystémiques et la société humaine⁵⁵. L'environnement n'est donc pas la seule entité protégée par l'article 1247 du Code civil : les humains et leurs besoins vitaux (nourriture, énergie) ou culturels (jouissance d'un paysage, attachement sentimental et spirituel à un territoire) ont également été jugés dignes d'être préservés.

11. L'inclusion dans la définition du préjudice écologique de l'atteinte aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement surprend à plus d'un titre. D'une part, ce type d'atteinte était appréhendé au sein de la proposition de nomenclature des préjudices environnementaux réalisée sous la direction de Laurent Neyret et Gilles J. Martin comme un préjudice collectif⁵⁶. La catégorie des préjudices collectifs intégrait celle, plus large, des préjudices causés à l'homme qui étaient eux-mêmes soigneusement distingués des préjudices causés à l'environnement. La ministre de la Justice avait expressément repris cette distinction dans la lettre de mission précédemment évoquée. Elle y indiquait que « [le groupe] devra aborder les questions suivantes : La reconnaissance du

⁵³ En ce sens : Y. JEGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 16 ; M. FEVRE, *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse, droit, Nice, 2016, p. 373 ; G. BEAUSSONE, « La qualification juridique des services écosystémiques », *Droit et Ville*, vol. 2, 2017, n° 84, p. 121.

⁵⁴ Millenium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*, Washington DC, Island Press, 2005, p. 40.

⁵⁵ En ce sens : M. FEVRE, *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse, droit, Nice, 2016, p. 365.

⁵⁶ F. AGOSTINI, J. ARONSON *et al.*, F. AGOSTINI, J. ARONSON *et al.*, « Proposition de Nomenclature des préjudices liés au dommage environnemental », in G.-J. MARTIN et L. NEYRET (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 17 et 18.

préjudice écologique collectif dans la loi : au-delà des préjudices individuels, il convient de reconnaître le préjudice causé collectivement à la communauté des hommes, mais aussi de reconnaître un préjudice causé à l'environnement en tant que tel »⁵⁷. Plutôt que de formuler deux préjudices distincts, les auteurs du rapport « Jégouzo », et par la suite le législateur, ont jugé bon de « panacher » le préjudice écologique « pur » et le préjudice collectif, en proposant une définition réunissant ces deux composantes⁵⁸.

12. D'autre part, la référence aux « bénéfices collectifs » s'éloigne considérablement de la philosophie véhiculée par la première partie de la définition du préjudice écologique. La prise en compte des services écosystémiques dans les politiques de protection de la nature accompagne le phénomène de marchandisation de l'environnement en favorisant les évaluations monétaires de la biodiversité, la mise en place d'outils de conservation liés aux mécanismes de marché, et plus largement la transformation de la nature en marchandise réductible, appropriable, et substituable⁵⁹. La loi biodiversité a pleinement investi la notion de services écosystémiques en qualifiant leur sauvegarde d'intérêt général (art. L. 110-1 du Code de l'environnement). L'exposé des motifs du projet de loi révèle ce qui a motivé cette qualification : ces services contribuent à faire de la biodiversité une « force économique pour la France [...] si l'évaluation complète des services rendus et donc le coût de leur disparition ne sont pas encore connus, plusieurs études ont montré l'importance de la biodiversité en tant que capital économique [...] »⁶⁰. À cette aune, l'on comprend que la conception instrumentale de la nature induite par la référence aux « bénéfices collectifs » à l'article 1247 du Code civil est conforme à l'esprit de la loi biodiversité. Elle n'en demeure pas moins inconciliable, au premier abord, avec la valeur intrinsèque de la nature qui est également reconnue par cet article.

13. L'approche « à la fois non instrumentale et instrumentale de la biodiversité » dont est imprégnée la définition du préjudice écologique⁶¹ fait douter de sa cohérence axiologique. Est-il possible de la restaurer ? Convaincus « [qu']entre un "anthropocentrisme environnementalement éclairé" et un "écocentrisme non

⁵⁷ Y. JEGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 16, Annexe 1 — La lettre de mission adressée le 24 avril 2013 au président du groupe de travail par la garde des sceaux, p. 2.

⁵⁸ Y. JEGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 16 : « Le groupe de travail propose d'introduire en droit français des règles spécifiques, complémentaires destinées à régir les conditions de réparation des préjudices objectifs causés à l'environnement, c'est-à-dire du préjudice écologique qu'il convient préalablement de définir, ainsi que des préjudices aux services écologiques collectifs ».

⁵⁹ V. MARIS, *Nature à vendre : Les limites des services écosystémiques*, Versailles, Éditions Quæ, 2014, pp. 43, 55 et 59.

⁶⁰ Projet de loi relatif à la biodiversité, exposé des motifs, *Doc.*, Ass. Nat., 2014, n° 1837, p. 3.

⁶¹ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Responsabilité civile environnementale*, Paris, Dalloz, 2020, p. 119.

misanthropique”, on pourrait trouver un dénominateur commun dans [...] le réseau de relations écologiques qui connecte l’homme au reste de la biosphère »⁶², nous tâcherons de montrer que le préjudice écologique tend précisément à préserver ce réseau de relations, et que des fondements plus holistiques pourraient par conséquent lui être assignés.

III. UN FONDEMENT ÉCOCENTRIQUE EXHUMÉ À L'AIDE D'UNE LECTURE DYNAMIQUE DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE

14. Pour résoudre la contradiction dont la définition du préjudice écologique semble souffrir, il convient d’opérer une lecture dynamique de l’article 1247 du Code civil. Comme le relève Marie-Pierre Camproux Duffrène « les trois composantes du préjudice [éléments-fonctions-bénéfices] sont étroitement liées »⁶³ ; celles-ci forment un *continuum*⁶⁴. En effet, l’usage de la conjonction de coordination « ou » entre elles⁶⁵ implique que la réparation du préjudice écologique est de droit si les éléments ou fonctions d’un écosystème sont impactés, et ce sans nécessairement qu’il soit fait état d’une atteinte aux bénéfices collectifs (ou inversement). N’ayant pas suivi sur ce point la proposition du rapport « Jégouzo »⁶⁶, le législateur semble considérer « [qu’]une atteinte portée aux éléments d’un écosystème [entraîne] le plus souvent une atteinte aux fonctions de celui-ci, et *in fine* aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de ce même écosystème »⁶⁷. En somme, l’atteinte aux écosystèmes est présumée léser les hommes. Les intérêts humains et non humains ne sauraient à cette aune être perçus comme dissociés : ils participent

⁶² D. BERGANDI, « Écologie, éthique environnementale et holisme ontologique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 74.

⁶³ M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Le préjudice écologique et sa réparabilité en droit civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports Homme-Nature », *Revue juridique de l’environnement*, vol. 46, 2021, n° 3, p. 462.

⁶⁴ M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Le préjudice écologique et sa réparabilité en droit civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports Homme-Nature », *Revue juridique de l’environnement*, vol. 46, 2021, n° 3, p. 462.

⁶⁵ L’article 1247 du Code civil évoque « une atteinte non négligeable aux éléments *ou* aux fonctions des écosystèmes *ou* aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement » (soulignés par les auteurs).

⁶⁶ Y. JÉGOUZO (dir.), *Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 septembre 2013, p. 62 : la formulation suivante était proposée « est réparable le préjudice écologique résultant d’une atteinte anormale aux éléments *et* aux fonctions des écosystèmes *ainsi* qu’aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement » (soulignés par les auteurs).

⁶⁷ M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Le préjudice écologique et sa réparabilité en droit civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports Homme-Nature », *Revue juridique de l’environnement*, vol. 46, 2021, n° 3, p. 462.

d'un « tout »⁶⁸. Le préjudice écologique peut donc être appréhendé comme protégeant les intérêts légitimes de ce « tout », ou plus précisément d'un collectif (dans un sens proche de celui retenu par Bruno Latour⁶⁹), associant humains et non humains. Il mérite dans cette perspective d'être qualifié de préjudice collectif⁷⁰, bien que le collectif protégé soit d'une nature singulière.

15. Cette analyse s'écarte de celle de Lionel Bosc d'une part et de celles, convergentes, de Gilles J. Martin et Mathilde Hautereau-Boutonnet d'autre part⁷¹. Le premier voit dans l'humanité la « personne juridique intrinsèquement collective » dont les intérêts seraient protégés par le préjudice écologique, ce dernier étant qualifié de « préjudice subjectif de l'humanité »⁷². Les seconds considèrent en substance que l'environnement en tant que tel est le seul objet protégé par l'article 1247 du Code civil. Pour Gilles J. Martin, avec le préjudice écologique, « le législateur s'est attaché à mieux caractériser l'intérêt de l'environnement protégé et à en renforcer l'autonomie » et seul cet intérêt est pris en compte au titre de la réparation. Il concède néanmoins que « la référence aux “bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement” est [...] susceptible de faire naître quelques interrogations » en ce qui concerne les intérêts protégés⁷³. Mathilde Hautereau-Boutonnet juge quant à elle que « l'obligation de réparer les dommages ne concerne plus seulement autrui, mais l'environnement et, plus particulièrement

⁶⁸ M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Le préjudice écologique et sa réparabilité en droit civil français de la responsabilité ou les premiers pas dans un sentier menant à un changement des rapports Homme-Nature », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 46, 2021, n° 3, p. 466. En ce sens aussi, mais n'en tirant pas les mêmes conséquences du point de vue de l'entité protégée (voy. *infra*) : L. BOSCH, *Le préjudice collectif : contribution à l'étude des atteintes à l'intérêt collectif*, thèse, droit, Toulouse, 2020, p. 469 pour qui « Il convient [...] de ne pas distinguer entre le préjudice objectif, préjudice causé à l'environnement, et le préjudice collectif, préjudice causé aux intérêts humains dépassant tout intérêt individuel et procurant des bénéfices collectifs. La rédaction retenue par le législateur nous semble inclure ces deux dimensions tout en ne les distinguant pas ».

⁶⁹ B. LATOUR, *Politiques de la nature : Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La Découverte, 2004, p. 95 : l'auteur utilise le terme « collectif » afin de « marquer une philosophie politique dans laquelle il n'y a plus deux attracteurs, l'un qui ferait l'unité sous la forme de la nature et l'autre qui garderait la multiplicité sous la forme des sociétés. Le collectif signifie : tout mais pas deux séparés ». Voy. aussi la définition du « collectif » donnée p. 351 du même ouvrage.

⁷⁰ Optant par exemple pour une telle qualification : M. BACACHE et C. LARROUMET, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, 2021, spéc. p. 514 ; L. BOSCH, *Le préjudice collectif : contribution à l'étude des atteintes à l'intérêt collectif*, thèse, droit, Toulouse, 2020, pp. 257 et s., et pp. 468 et s.

⁷¹ Contra également M. FEVRE, *Les services écologiques et le droit Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse, droit, Nice, 2016, p. 372 : on retrouverait selon elle dans la proposition du rapport « Jégouzo » reprise dans le Code civil « l'esprit de la Nomenclature, en ce que la proposition sépare distinctement les préjudices causés aux éléments des écosystèmes et à leurs fonctions des préjudices causés à l'homme ».

⁷² L. BOSCH, *Le préjudice collectif : contribution à l'étude des atteintes à l'intérêt collectif*, thèse, droit, Toulouse, 2020, p. 464.

⁷³ G.-J. MARTIN, « De quelques évolutions du droit contemporain à la lumière de la réparation du préjudice écologique par le droit de la responsabilité civile », *La Revue des juristes de Sciences Po*, 2020, n° 18, pp. 73-74.

l'ensemble des éléments naturels et les services écologiques qu'ils procurent »⁷⁴. Elle qualifie par ailleurs le préjudice écologique du Code civil de « préjudice objectif, touchant un objet de droit [l'environnement] en tant qu'intérêt digne de protection »⁷⁵. Ces derniers avancent également que la nature ne s'est pas vue conférer la personnalité juridique par la loi biodiversité, ce qui est une évidence, mais la qualité de centre d'intérêt⁷⁶, ou encore de « chose-victime », « à protéger »⁷⁷. En se concentrant uniquement soit sur l'humanité soit sur l'environnement, ces auteurs font, en notre sens, une lecture incomplète de l'article 1247 du Code civil qui évoque à la fois les hommes et les écosystèmes. Réunis au sein d'un même article, victimes indifférenciées et concomitantes d'un fait identique, il convient de se départir d'une lecture dualiste qui opposerait les uns aux autres. Le préjudice écologique ne saurait être le réceptacle d'une « éthique qui lie la moralité à l'attribution d'un statut à des entités pensées comme indépendantes entre elles aussi bien que des humains », mais plutôt d'une éthique relationnelle « qui se règle sur les relations qu'entretiennent les différentes composantes, humaines et non humaines d'un milieu de vie »⁷⁸.

16. L'éthique relationnelle de Catherine Larrère réinvestit et prolonge certaines éthiques écocentriques⁷⁹ qualifiées d'inclusives⁸⁰ ou d'holistes⁸¹. Plutôt que d'étendre le sens du concept de finalité aux objets naturels individualisés, celles-ci ont façonné une nouvelle signification de la notion de fin en soi selon Gérard Hess⁸². Présenterait une telle finalité le tout, l'entité collective, la communauté des vivants⁸³ ; cette finalité aurait la particularité d'être une « propriété de la totalité et ce, grâce à une identification de l'homme avec la nature »⁸⁴. À partir

⁷⁴ M. HAUTEREAU BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021, p. 142.

⁷⁵ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « L'évolution des formes de préjudice : le cas du préjudice écologique », *Les Cahiers Portalis*, 2022, n° 9, p. 20.

⁷⁶ G.-J. MARTIN, G.-J. MARTIN, « De quelques évolutions du droit contemporain à la lumière de la réparation du préjudice écologique par le droit de la responsabilité civile », *La Revue des juristes de Sciences Po*, 2020, n° 18, pp. 73-74.

⁷⁷ M. HAUTEREAU BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021, p. 142.

⁷⁸ C. LARRÈRE, « De l'éthique du statut à l'éthique des relations : la valeur intrinsèque et sa critique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 66. Voy. aussi dans une approche similaire l'éthique dialogique de Val Plumwood (*La crise écologique de la raison*, Paris, PUF, 2024, pp. 341-393).

⁷⁹ L'on note que Catherine Larrère assoit ses développements consacrés à l'éthique relationnelle sur les écrits de John Baird Callicott et d'Aldo Léopold « De l'éthique du statut à l'éthique des relations : la valeur intrinsèque et sa critique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2024, pp. 65 et s.

⁸⁰ C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, pp. 97 et s.

⁸¹ G. HESS, *Éthiques de la nature Éthique et philosophie morale*, Paris, PUF, 2013, pp. 156 et s.

⁸² G. HESS, *Éthiques de la nature Éthique et philosophie morale*, Paris, PUF, 2013, p. 144.

⁸³ G. HESS, *Éthiques de la nature Éthique et philosophie morale*, Paris, PUF, 2013, p. 123.

⁸⁴ G. HESS, *Éthiques de la nature Éthique et philosophie morale*, Paris, PUF, 2013, p. 148.

de cette « conception holistique de la nature, s'ensuit l'approche normative qui exige la protection de la globalité » et de « l'interdépendance de toutes ses composantes »⁸⁵. Le préjudice écologique, en prohibant de manière indifférenciée les atteintes aux éléments, aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs humains, participe à cette protection. Alors que l'appartenance à la communauté biotique est supposée faire naître des devoirs qui concernent tant les membres de la communauté que « la communauté en tant que telle »⁸⁶, l'article 1247 du Code civil impose à l'ensemble des justiciables de tels devoirs (juridiques en l'occurrence) qui bénéficient à la fois aux membres du collectif (écosystèmes et humains) et au collectif en lui-même.

CONCLUSION

17. L'étude des travaux préparatoires de la loi biodiversité et des travaux doctrinaux l'ayant influencée révèle que la définition du préjudice écologique véhicule des conceptions instrumentales et non instrumentales de la nature difficilement conciliables de prime abord. La lecture dynamique de l'article 1247 du Code civil, à laquelle il semble pertinent de procéder au regard de la lettre du texte, permet de lui assigner un fondement éthique adéquat et de restaurer sa cohérence axiologique. En ce que le préjudice écologique tend à protéger les intérêts d'une entité associant humains et non humains, et par là même leur relation d'interdépendance, sa consécration dans le Code civil pourrait refléter l'influence implicite sur notre système juridique d'une éthique relationnelle écocentrique. Dans cette perspective, cette avancée législative peut effectivement être qualifiée de révolutionnaire.

18. Le préjudice écologique prend assurément place aux côtés des nouveaux concepts juridiques (responsabilité envers les générations futures, patrimoine commun de l'humanité...) dont Serge Gutwirth notamment a pu relever l'existence, qui participent à remettre en question la séparation entre nature et culture et à faire advenir une conception dialectique du rapport entre l'homme et son environnement⁸⁷. Après le préjudice écologique, la personnification d'un commun « naturel » constituerait une nouvelle avancée dans l'édification d'un droit relationnel⁸⁸, fondé sur une éthique éponyme. En plus d'être susceptible de garantir

⁸⁵ A. BRENNER, « Éthique environnementale : un aperçu philosophique », in J. SOHNLE et C. BOURIAU (dir.), *Éthique environnementale pour juristes*, Le Kremlin Bicêtre, Mare & Martin, 2024, p. 44.

⁸⁶ C. LARRÈRE, *Les philosophies de l'environnement*, Paris, PUF, 1996, p. 79, citant J.-B. CALLICOTT, *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy*, Albany, SUNY Press, 1989, pp. 63-74.

⁸⁷ S. GUTWIRTH, « Culture contre nature », in A. ACOSTA, C. BONNEUIL, V. CABANES *et al.* (dir.), *Des droits pour la nature*, Paris, Les Éditions Utopia, 2016, p. 44.

⁸⁸ Voy. sur ce point : P. WALCKIERS, « Vers un "droit des relations" entre humains et non-humains comme alternative aux droits de la nature », *Ann. Dr. Louvain*, vol. 84, 2022, n° 1, pp. 20 et s.

une plus grande protection juridique des intérêts collectifs que le préjudice écologique ⁸⁹, la création ou la reconnaissance d'une personne morale liée à un commun « naturel » permettrait d'associer l'ensemble des parties prenantes (humaines et non humaines) à la prise de décision, et de favoriser ainsi la conciliation des différents intérêts en présence.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier Marie-Pierre Camproux-Duffrène, professeure de droit privé à l'université de Strasbourg, et Jochen Sohnle, professeur de droit public à l'université de Lorraine, pour leur aide et leurs précieuses suggestions lors de la rédaction de cet article.

⁸⁹ La personnification va de pair avec la jouissance de droits subjectifs ou fondamentaux, qui font l'objet d'une protection juridique maximale sans commune mesure avec celle offerte par le préjudice écologique (« simple » intérêt légitime défendu par les mécanismes de la responsabilité). Sur la gradation des intérêts juridiquement protégés voir : F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1990, spéc. pp. 29 et s.



Vers une protection effective de la biodiversité au-delà des savoirs scientifiques

Étude du cas états-unien

par Trujillo Sosa Rocío

Docteure de l'Université Paris Panthéon-Assas et LL.M., Yale Law School

RÉSUMÉ

La protection juridique des espèces aux États-Unis s'appuie notamment sur les savoirs scientifiques. Dans le cadre contentieux, les données scientifiques sont amplement mobilisées par les parties et interprétées par les juges. Toutefois, la participation du public dans les décisions de conservation et, en général, la protection effective de la biodiversité requièrent, non seulement que les personnes s'approprient des connaissances scientifiques, mais aussi que le droit facilite la création d'espaces ou de processus incluant des savoirs locaux, notamment autochtones et locaux. À partir de l'exemple de la conservation des grands prédateurs aux États-Unis, nous examinons l'utilisation des différents systèmes de savoirs par l'approche contentieuse au niveau fédéral et par l'approche collaborative au niveau local (cas du *Blackfoot Challenge*). Cette analyse invite à reconnaître l'importance de prendre en compte tous les systèmes de savoirs dans les décisions de conservation.

ABSTRACT

The legal protection of species in the United States relies heavily on scientific knowledge. In the context of litigation, scientific data is widely used by the parties and interpreted by judges. However, public participation in conservation decisions and, in general, the effective protection of biodiversity require not only that people appropriate scientific knowledge, but also that the law facilitates the creation of spaces or processes that include indigenous and local knowledge. Using the case of large carnivore conservation in the United States, we examine the use of different knowledge systems through the contentious approach at the federal level and the collaborative approach at the local level (case of the *Blackfoot Challenge*). Finally, this analysis invites us to recognize the importance of taking all knowledge systems into account in conservation decisions.

Freiner l'érosion de la biodiversité ¹ est l'un des plus grands défis actuels de l'humanité. De fait, le taux mondial d'extinction des espèces est « déjà dix à cent fois plus élevé que la moyenne des dix derniers millions d'années » ². De surcroît, 75 % de la surface terrestre a été considérablement modifiée, 85 % des zones humides ont disparu et 66 % des océans sont également touchés ³.

Les principales causes directes de la perte de biodiversité sont la modification de l'usage des sols et des mers, le changement climatique, l'exploitation directe des organismes, la pollution et les espèces exotiques envahissantes. Quant aux causes indirectes, le rapport de la Plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques (IPBES) de 2019 identifie les facteurs suivants : les modes de production et de consommation, les facteurs démographiques, le commerce, les innovations technologiques et les formes de gouvernance ⁴.

Concernant les formes de gouvernance, l'IPBES adopte une définition assez large. La gouvernance « fait référence aux règles formelles et informelles (publiques et privées), aux systèmes d'élaboration des règles et aux réseaux d'acteurs à tous les niveaux de la société humaine (du local au mondial) qui sont mis en place pour orienter les sociétés vers des résultats positifs et les éloigner des résultats néfastes » ⁵. Ensuite, l'IPBES explique qu'une meilleure « gouvernance de la biodiversité » à toutes les échelles est une solution indispensable pour lutter contre l'érosion de la biodiversité ⁶. La question devient alors, dans une perspective prescriptive, celle des caractéristiques d'une bonne gouvernance.

Selon le rapport de 2019, la gouvernance de la biodiversité devrait être intégrée, adaptative, inclusive et éclairée ⁷. Premièrement, la gouvernance est *intégrée* lorsqu'elle prend en considération les relations entre les différents secteurs et

¹ Selon l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique, cette dernière est définie comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes ».

² IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. XVI.

³ IPBES, *Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 11.

⁴ IPBES, *Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 12.

⁵ IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 889.

⁶ IPBES, *Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 40.

⁷ IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 891. I. VISSEREN-HAMAKERS et T.J.M. KOK, « The Urgency of Transforming Biodiversity Governance », in I. VISSEREN-HAMAKERS et T.J.M. KOK (ed.), *Transforming Biodiversity Governance*, Cambridge University Press, 2022, p. 11, 13.

politiques, notamment écologiques, économiques et sociales⁸. Deuxièmement, l'aspect *adaptatif* fait référence à une gestion dynamique qui s'adapte aux nouvelles informations et aux conditions socioécologiques changeantes. Troisièmement, la gouvernance est *inclusive* lorsque toutes les parties prenantes participent, notamment les peuples autochtones et les communautés locales⁹. Enfin, la gouvernance doit être *éclairée*, c'est-à-dire, prendre en compte les savoirs scientifiques (sciences naturelles et sciences sociales) et les savoirs autochtones et locaux¹⁰.

La gouvernance éclairée, promue par l'IPBES, signale le consensus en faveur d'une reconnaissance de la pluralité des systèmes de savoirs¹¹, mais des questions complexes sur la définition¹² et sur l'articulation des différents systèmes restent ouvertes¹³. En tout cas, les standards des savoirs scientifiques ne devraient pas servir à évaluer la validité ou à catégoriser d'autres systèmes. En effet, chaque système de savoirs comprend, *a minima*, un ensemble d'acteurs, de pratiques et d'institutions, formelles et informelles, qui organisent la production, la validation, la transmission et l'utilisation des savoirs¹⁴.

De manière schématique, les savoirs scientifiques tendent à rechercher la généralisation de leurs conclusions, la systématisation, la structuration disciplinaire et une forme d'objectivité¹⁵, notamment à travers l'utilisation de méthodes

⁸ IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 891.

⁹ IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 894.

¹⁰ Connus sous l'acronyme en anglais d'ILK, *Indigenous and Local knowledge*. IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, 2019, p. 893.

¹¹ Les travaux sur ce sujet se développent autour des années 1980, par exemple, D. BROKENSHA, D. WARREN et O. WERNER, *Indigenous Knowledge Systems and Development*, University Press of America, 1980, et des articles avec des objets plus précis, MA. ALTIERI et L. MERRICK, « In situ conservation of crop genetic resources through maintenance of traditional farming systems », *Econ Bot.*, janvier 1987, vol. 41, n° 1, pp. 86-96. Il faut noter les avancées dans le domaine des études de sciences et des techniques, notamment, B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes : essai d'anthropologie symétrique*. Paris, La Découverte, 1991, 211 p.

¹² M. DAVIS, « Bridging the Gap or Crossing a Bridge? Indigenous Knowledge and the Language of Law and Policy », in W. REID, F. BERKES, D. CAPISTRANO et T. WILBANKS (eds), *Bridging Scales and Knowledge Systems: Concepts and Applications in Ecosystem Assessment*, Washington, Island Press, 2006, pp. 145-163.

¹³ Par ex., SC. RAI et S. DHYANI, « Is Validation of Traditional Ecological Knowledge for Natural Resources Management and Climate Change Adaptations Against Western Science a Wise Idea: Exploring Relevance and Challenges », in SC RAI et PK. MISHRA (eds), *Traditional Ecological Knowledge of Resource Management in Asia*, Cham, Springer International Publishing, 2022, pp. 289-302.

¹⁴ S. CORNELL *et al.*, « Opening up knowledge systems for better responses to global environmental change », *Environmental Science & Policy*, avril 2013, vol. 28, pp. 60-70.

¹⁵ La notion d'objectivité de la science a été fortement contestée, tout comme les notions d'impartialité et de neutralité. Toute connaissance est contextuelle, D. TURNBULL, « Reframing science and other local knowledge traditions », *Futures*, août 1997, vol. 29(6), pp. 551-562. Voy. aussi J. REISS et J. SPRENGER, « Scientific Objectivity », in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2020 Edition), EN. Zalta (éd.).

scientifiques et de processus de révision par les pairs¹⁶. Ces connaissances sont le plus souvent transmises par l'éducation formelle et les publications académiques¹⁷. Les savoirs autochtones et locaux se développent généralement par l'expérimentation, l'adaptation et la coévolution, souvent sur de longues périodes. Ils comprennent des connaissances, ainsi que des méthodes, des cadres théoriques et des pratiques¹⁸. Ils sont fréquemment holistiques ou relationnels, transmis par la tradition orale et, dans le cas de peuples autochtones, s'inscrivent dans des manières de comprendre et d'entrer en relation avec le monde¹⁹.

La prise en compte des savoirs autochtones et locaux se fonde, en partie, sur des impératifs normatifs, spécialement sur le respect et la garantie des droits des peuples autochtones²⁰. En pratique, l'attention portée à ces systèmes de savoirs est largement due aux sciences de la biodiversité²¹. Dans ce champ, la littérature a fait valoir les avantages des savoirs autochtones et locaux pour la durabilité²², pour l'effectivité des mesures de conservation²³ et pour la compréhension des systèmes complexes²⁴. Toutefois, se concentrer sur l'utilisation ou l'intégration des savoirs autochtones et locaux pour la conservation risque de dissimuler les

¹⁶ Il y a des débats sur l'unité des savoirs scientifiques et sur la possibilité de distinguer les sciences sur la base de méthode, voy. B. HEPBURN et H. ANDERSEN, « Scientific Method », in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2026 Edition), EN. Zalta, U. Nodelman (eds).

¹⁷ Voy. not. la mission du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat : « Le Giec a pour mission d'évaluer, sans parti pris et de façon méthodique, claire et objective, les informations d'ordre scientifique, technique et socio-économique qui nous sont nécessaires pour mieux comprendre les fondements scientifiques des risques liés au changement climatique [...] Ses évaluations sont principalement fondées sur les publications scientifiques et techniques dont la valeur scientifique est largement reconnue ».

¹⁸ M. TENGÖ *et al.*, « Connecting Diverse Knowledge Systems for Enhanced Ecosystem Governance: The Multiple Evidence Base Approach », *AMBIO*, septembre 2014, vol. 43, n° 5, pp. 579-591.

¹⁹ Les organisations internationales utilisent le terme de « savoirs autochtones et locaux », mais ces deux ne sont pas synonymes. Il y a une diversité de systèmes de savoirs autochtones et une diversité de savoirs locaux, qu'il faudrait éviter d'essentialiser. Sur les difficultés de définition, voy. M. DAVIS, « Bridging the Gap or Crossing a Bridge? Indigenous Knowledge and the Language of Law and Policy », in W. REID, F. BERKES, D. CAPISTRANO et T. WILBANKS (eds), *Bridging Scales and Knowledge Systems: Concepts and Applications in Ecosystem Assessment*, Washington, Island Press, 2006.

²⁰ Notamment, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, 61/295, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, art. 31 et art. 8 (j), de la Convention sur la diversité biologique de 1992.

²¹ A. AGRAWAL, « Indigenous knowledge and the politics of classification », *Int Social Sci J*, septembre 2002, vol. 54, p. 287.

²² M. TENGÖ *et al.*, « Weaving knowledge systems in IPBES, CBD and beyond — lessons learned for sustainability », *Current Opinion in Environmental Sustainability*, juin 2017, vol. 26-27, pp. 17-25.

²³ Le respect des normes est plus probable si les populations sont impliquées dans la conception et la mise en œuvre des programmes. G. BORRINI et D. BUCHAN, *Beyond fences: seeking social sustainability in conservation*, 1^{re} éd., Switzerland, IUCN, 1997, p. 27. ES. BRONDIZIO et FML. TOURNEAU « Environmental governance for all », *Science*, 10 juin 2016, vol. 352(6291), pp. 1272-1273.

²⁴ F. BERKES et MK. BERKES, « Ecological complexity, fuzzy logic, and holism in indigenous knowledge », *Futures*, février 2009, vol. 41, n° 1, pp. 6-12.

questions de pouvoir²⁵ et les différences plus profondes, épistémologiques et ontologiques, entre les systèmes de savoirs²⁶.

Dans ce cadre, le droit est un outil privilégié dans la mesure où il définit les critères et les procédures de décision. Par ailleurs, il prend appui sur certaines connaissances²⁷ et, en même temps, il ordonne quels systèmes de savoirs sont pertinents pour la prise de décisions. En ce sens, le droit détermine qui et comment certaines personnes ont le pouvoir de décision associé à l'utilisation de leurs savoirs.

Nous nous concentrons donc sur la gouvernance éclairée dans ses liens avec le droit²⁸. Sur quels systèmes de savoirs le droit se fonde-t-il ? Comment le juge utilise les savoirs scientifiques ? Comment pourrait-on construire un dialogue entre les différents savoirs dans le cadre de la gouvernance de la biodiversité ? Dans quelle mesure le droit peut-il faciliter la création des espaces de délibération incluant des savoirs autochtones et locaux ?

Ces questions étant très vastes, tout comme le traitement de la biodiversité en général, nous nous intéressons spécifiquement à la prise en compte des savoirs dans le cadre de la protection des espèces. Cette dernière constitue l'un des éléments structurels de la protection juridique de la biodiversité²⁹.

Concernant les exemples, nous examinerons la conservation des grands prédateurs puisqu'elle est essentielle, mais complexe. Du point de vue écologique, ceux-ci jouent un rôle crucial dans le fonctionnement des écosystèmes en influençant le nombre et le comportement des herbivores, affectant ainsi indirectement la quantité et la croissance de la végétation³⁰. Par ailleurs, les grands prédateurs se caractérisent

²⁵ A. AGRAWAL, « Indigenous knowledge and the politics of classification », *Int Social Sci J*, septembre 2002, vol. 54.

²⁶ J. LAW et S. JOKS, « Luossa et Laks: Saumon, science et savoirs écologiques locaux (SEL) », *RAC*, 2017, vol. 11, n° 2. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/rac/2182>.

²⁷ E. TURNHOUT, « The Politics of Environmental Knowledge », *Conservat Soc*, 2018, vol. 16, n° 3, p. 363. É. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 64.

²⁸ La gouvernance n'est pas extérieure au droit. Il est possible d'examiner la gouvernance comme un objet de la pensée juridique et d'identifier les « marques » que la mise en place des formes de gouvernance a laissées dans le droit et inversement. J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 202. J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 107.

²⁹ Sur les trois temps de la conservation, voy. M. BONNIN, *Les Corridors Écologiques : Vers Un Troisième Temps Du Droit de La Conservation de La Nature ?*, Paris, Harmattan, 2008. Toutefois, l'approche par espèces est actuellement critiquée, voy. C. BOUDOURESQUE, et al., « Species-based or ecosystem-based approaches to conservation practices: Lessons from the Port-Cros National Park (South-east France, Mediterranean Sea) », *Vie Et Milieu / Life & Environment*, 2020, vol. 70, n° 3-4, pp. 89-112.

³⁰ D. SMITH et al., « The Big Scientific Debate: Trophic Cascades », *Yellowstone Science*, 2016, vol. 24, n° 1.

par de faibles densités de population et de vastes territoires de déplacement³¹. D'un point de vue social, à ces aspects écologiques s'ajoutent les risques de conflits avec les activités humaines, notamment l'élevage et la chasse, ainsi que les conflits sociaux sur l'avenir de la ruralité révélés par la protection des loups et des ours³².

Nous aborderons le recours aux différents systèmes de savoirs à travers l'étude du droit états-unien et d'un cas concernant la conservation de ces deux espèces. D'une part, la loi fédérale pour la protection des espèces, l'*Endangered Species Act* (ESA), montre comment le droit fédéral privilégie l'utilisation de certains systèmes de savoirs en dépit d'autres. D'autre part, nous examinerons une structure de gouvernance collaborative³³ dans l'État du Montana, le *Blackfoot Challenge* (BC), qui essaye d'inclure différents systèmes de savoirs et de construire un dialogue en vue de favoriser la coexistence avec les grands prédateurs³⁴.

Pour l'examen du droit états-unien, nous avons eu recours à l'étude de la loi, des règlements, de la jurisprudence et de la doctrine³⁵. Pour contextualiser les solutions juridiques, nous avons situé historiquement l'ESA en mettant en lumière, dans la mesure du possible, certains éléments de contexte qui aident à comprendre les textes juridiques³⁶. Concernant la contextualisation juridique, nous avons analysé les normes substantielles dans leur relation avec la procédure et les institutions afin de mieux comprendre le fonctionnement du droit par rapport à la question posée³⁷.

S'agissant du BC, il convient de noter que le choix d'étudier ce cas en tant que tel ne présuppose pas la méthode pour la collecte des données³⁸. Nous avons

³¹ A. Trouwborst, L. BOITANI, et J. LINNELL, « Interpreting 'Favourable Conservation Status' for Large CARNIVORES in Europe: How Many Are Needed and How Many Are Wanted? », *Biodiversity and Conservation*, 2017, vol. 26, n° 1, p. 45.

³² M.B. RUTHERFORD, G. McLAUGHLIN et S. PRIMM, « Participatory projects for coexistence: Rebuilding Civil society », in S.G. CLARK, M.B. RUTHERFORD et D. CASEY (eds), *Coexisting with large carnivores: lessons from Greater Yellowstone*, Washington, Island Press, 2005.

³³ Une structure de gouvernance collaborative est un agencement (*regime*) qui respecte quatre critères. En premier lieu, ces structures ont des orientations vastes en matière de politique publique ou de service public. En deuxième lieu, des organisations représentant différents intérêts et/ou niveaux d'administration y participent. En troisième lieu, elles développent des normes institutionnelles et procédurales qui favorisent la collaboration. En quatrième lieu, ces structures sont actives sur un temps suffisamment long pour que des interactions répétées entre leurs participants puissent se développer. K. EMERSON et T. NABATCHI, *Collaborative governance regimes*, Washington, D. C., Georgetown University Press, 2015, p. 19.

³⁴ Pour approfondir le débat sur ce terme, voy. S. POOLEY, « Coexistence for Whom? », *Frontiers in Conservation Science*, 2021, vol. 2.

³⁵ Toutes les traductions des textes de droit états-unien, y compris de la doctrine, sont propres.

³⁶ M. ADAMS, « Doing What doesn't Come Naturally: On the distinctiveness of Comparative Law », in M. VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of legal research: which kind of method for what kind of discipline?*, Oxford, Hart, 2013, p. 231.

³⁷ J. BELL, « Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law », in M. VAN HOECKE (ed.), *Methodologies of legal research: which kind of method for what kind of discipline?*, Oxford, Hart, 2013, p. 170.

³⁸ RE. STAKE, « Qualitative Case Studies », in NK. DENZIN et YS. LINCOLN (eds), *The Sage handbook of qualitative research*, 3^e éd., Thousand Oaks, Sage Publ., 2009, p. 443.

travaillé sur les sources disponibles d'autres disciplines³⁹. En effet, le *BC* a fait l'objet d'études scientifiques dans plusieurs disciplines, ce qui permet d'avoir accès à une littérature variée. Nous avons utilisé la littérature des sciences politiques, de la géographie et de l'écologie pour l'examiner. En outre, le *BC* produit des rapports et des documents publics que nous avons examinés, en tenant compte du fait qu'ils sont issus de la structure elle-même⁴⁰. Nous avons procédé également à l'examen des sources juridiques, notamment des lois, des décisions administratives et des contrats qui concernent le *BC*. L'objectif était d'appréhender les interrelations entre le cadre juridique général et le fonctionnement de cette structure de gouvernance collaborative des milieux naturels *in concreto*.

Notre propos n'est pas de comparer directement la loi fédérale à une structure de gouvernance locale, mais plutôt de mettre en évidence les différences et les synergies possibles entre les différentes échelles, et de souligner les opportunités offertes par une gouvernance éclairée. D'un côté, l'ESA dispose que la protection fédérale des loups et des ours repose uniquement sur des critères scientifiques (I). De l'autre côté, à l'échelle locale, l'intégration de tous les acteurs avec leurs savoirs dans le *Blackfoot Challenge* a permis d'avancer vers la coexistence avec ces prédateurs (II).

I. LES SAVOIRS SCIENTIFIQUES AU CŒUR DE L'*ENDANGERED SPECIES ACT*

L'ESA et ses réglementations s'appuient principalement sur les sciences naturelles, témoignant d'une certaine confiance dans la capacité des solutions technoscientifiques à répondre aux enjeux de conservation (A). Toutefois, le recours aux savoirs scientifiques a des limites et ne peut pas éluder les débats politiques. Les divergences de valeurs et d'intérêts liées à la conservation s'expriment souvent à travers des contentieux, lesquels prennent eux aussi une dimension scientifique (B).

A. La place prépondérante des sciences naturelles dans l'ESA

Aux États-Unis, la loi fédérale pour la protection des espèces menacées et en risque de disparition est l'ESA. Elle a été adoptée, en 1973, par le Congrès qui a fondé sa compétence sur la clause du commerce de la Constitution fédérale⁴¹. Cette loi est mise en œuvre par deux agences : l'*United States Fish and Wildlife*

³⁹ B. VAN KLINK et S. TAEKEMA, « A Dynamic Model of Interdisciplinarity: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law », SSRN Journal. 2008, p. 25.

⁴⁰ Disponibles sur : <https://www.blackfootchallenge.org/> Pendant un séjour de recherche aux États-Unis, nous avons visité la zone du *BC* et observé une réunion mensuelle du conseil d'administration de cette structure.

⁴¹ Const. des États-Unis, art. 3, sect. 8.

Service (USFWS), rattachée au département de l'Intérieur et compétente pour la gestion des espèces terrestres et d'eau douce, et le *National Marine Fisheries Service* (NMFS ou NOAA Fisheries), rattaché au département du Commerce et compétent pour la protection des espèces marines et anadromes.

Le régime de protection de l'ESA est structuré autour du classement (*listing*) des espèces ⁴² (§ 2) et ce classement doit, par exigence légale, avoir un fondement purement scientifique (§ 1).

§ 1. « L'exigence de la meilleure science disponible »

« L'exigence de la meilleure science disponible » ⁴³ est présente dans plusieurs dispositions de l'ESA. La loi prescrit que les agences prennent des décisions basées sur les meilleures données scientifiques et commerciales disponibles en ce qui concerne le classement des espèces, la désignation de l'habitat essentiel et la mise en place de plans de rétablissement ⁴⁴. Toutefois, concernant le classement, la reclassification et le déclassement des espèces végétales et animales, l'ESA ordonne aux agences d'en décider en tenant compte *uniquement* (*solely*) des meilleures connaissances scientifiques et commerciales disponibles sur l'état de l'espèce et sur les efforts de conservation ⁴⁵. Dans ces cas, les agences ne peuvent pas prendre en considération d'autres données concernant les effets économiques ⁴⁶, sociaux ou politiques, ni les savoirs locaux.

Le Congrès fédéral a intégré cette exigence à propos des décisions de classement en 1982 ⁴⁷. À l'époque, le Congrès craignait les décisions de James G. Watt, un secrétaire de l'Intérieur hostile à la conservation des espèces. La modification visait ainsi à réduire la marge de manœuvre de l'administration en exigeant un fondement uniquement scientifique ⁴⁸. En d'autres termes, le Congrès fédéral attendait que les données provenant des sciences indiquent clairement aux agences

⁴² Sur le régime de l'ESA, voy. J.C. NAGLE, J.B. RUHL et K. ROBBINS, *The law of biodiversity and ecosystem management*, 4^e éd., Minnesota, Foundation Press, 2019.

⁴³ Le terme en anglais est *the best available science mandate*.

⁴⁴ La référence aux données commerciales s'explique par le fondement constitutionnel de l'ESA, la clause de commerce. La loi vise également à contrôler le commerce interne et international des espèces.

⁴⁵ 16 U.S. Code (USC) § 1533.

⁴⁶ Donald Trump avait modifié la réglementation pour que la décision de classement indique le coût économique. Cependant, ces réglementations ont été annulées et renvoyées pour une nouvelle décision des agences en 2022. District court for the District N.D. California, *Center for Biological Diversity, et Al., State of California and Animal Legal Defense Fund v. Services*, Cases No. 19-cv-05206-JST, No. 4 :19-cv-06013-JST et No. 4 :19-cv-06812-JST. Les réglementations de Biden ont éliminé les changements faits par l'administration précédente. 89 FR 23919 publié au *Federal Register* le 5 avril 2024. À la date du 16 janvier 2026, l'administration Trump n'a pas encore modifié cette réglementation.

⁴⁷ Cette obligation n'est pas unique à l'ESA, mais elle est particulièrement présente dans cette loi pour l'exercice de plusieurs compétences.

⁴⁸ S. PERVAZE, « The Endangered Species Act and "Sound Science" », *US Congressional Research Service report*, P.L.106-554, janvier 2013, note 104, disponible sur : <https://www.congress.gov/crs-product/RL32992>.

les besoins des espèces et les restrictions à l'activité humaine nécessaires pour leur protection⁴⁹. Au fond, c'était une manière de dépolitiser la décision.

En pratique, « l'exigence de la meilleure science disponible » comporte plusieurs objectifs. Dans la procédure administrative, elle peut servir à améliorer substantiellement la décision et à modifier le processus décisionnel afin d'accorder une place plus importante aux acteurs scientifiques. Ensuite, cette exigence peut changer l'étendue du contrôle juridictionnel des décisions administratives et, idéalement, augmenter la confiance du public dans les décisions des agences⁵⁰.

Examinons les effets de cette exigence dans le cadre de la procédure administrative. En 1994, l'USFWS et la NMFS ont édicté deux déclarations de politique (*policy statements*) pour la mise en œuvre de « l'exigence de la meilleure science disponible ». La première déclaration de politique requiert des agences de solliciter l'examen de leurs analyses par au moins trois pairs scientifiques indépendants⁵¹. Ces examinateurs doivent avoir une solide expertise et des connaissances spécialisées démontrées, mais il n'y a pas de condition concernant leur affiliation. Ils peuvent provenir de la communauté universitaire et scientifique, des peuples autochtones, des agences fédérales et étatiques, et du secteur privé.

Le régime de l'ESA et cette déclaration mettent l'accent sur les sciences naturelles. Les experts se prononcent sur les données scientifiques ou commerciales pertinentes et sur « les hypothèses relatives à la taxonomie, aux modèles de population et aux informations biologiques et écologiques complémentaires pour les espèces »⁵².

À première vue, les sciences naturelles seraient capables de donner la bonne réponse pour la conservation. Nonobstant, la déclaration prévoit une procédure en cas d'incertitude scientifique « inacceptable », par exemple, lorsqu'il existe un désaccord scientifique. Dans ces circonstances, l'agence peut prolonger la période d'instruction du dossier jusqu'à six mois afin de mener une procédure spéciale d'examen indépendant visant à réduire ou à résoudre les questions faisant l'objet du débat.

La deuxième déclaration de politique exige l'évaluation, par des biologistes, de toute l'information utilisée pour la décision de classement, la consultation des

⁴⁹ H. DOREMUS, « The Purposes, the Effects, and Future of the Endangered Species Act's Best Available Science Mandate », *Environmental Law*, 2004, vol. 34, n° 2, p. 419.

⁵⁰ Holly Doremus explique qu'il n'y a pas assez de preuves dans les travaux du Congrès pour déterminer l'intention précise du législateur, mais que le mandat a servi principalement ces quatre propos. H. DOREMUS, « The Purposes, the Effects, and Future of the Endangered Species Act's Best Available Science Mandate », *Environmental Law*, 2004, vol. 34, n° 2, p. 419.

⁵¹ Notice of Interagency Cooperative Policy for Peer Review in Endangered Species Act Activities, 59 Fed. Reg. 34, 270, 1^{er} juillet 1994.

⁵² Notice of Interagency Cooperative Policy for Peer Review in Endangered Species Act Activities, 59 Fed. Reg. 34, 270, 1^{er} juillet 1994.

sources primaires dans la mesure du possible, et la recherche active des données qui peuvent être contraires à la position initiale de l'agence ⁵³.

Cette évaluation cherche à s'assurer que toute l'information utilisée par l'USFWS et la NMFS est « fiable, crédible et représente les meilleures données scientifiques et commerciales disponibles » ⁵⁴. Par ailleurs, la direction des agences doit également examiner les documents élaborés par les biologistes afin de vérifier la qualité des données scientifiques utilisées.

En bref, l'ESA et sa mise en œuvre accordent une importance particulière aux sciences naturelles, octroyant ainsi un pouvoir aux acteurs scientifiques dans la prise de décision. Premièrement, les agences compétentes sont deux agences spécialisées. Deuxièmement, elles doivent chercher les meilleures données scientifiques disponibles. Troisièmement, les biologistes doivent solliciter l'examen de ces projets de décision par des pairs indépendants. Enfin, en ce qui concerne la décision de classement des espèces, les agences ne peuvent utiliser que des données scientifiques pour établir si les critères de l'ESA sont remplis.

§ 2. Les critères scientifiques de classement des espèces

Selon l'ESA, une espèce est considérée comme étant « en voie de disparition » (*endangered*) s'il y a un risque d'extinction dans la totalité ou dans une partie significative de son aire de répartition. Une espèce est classée comme « menacée » (*threatened*) si elle est susceptible de devenir une espèce « en voie de disparition » dans un avenir prévisible dans la totalité ou dans une partie significative de son aire de répartition ⁵⁵. Selon la loi, les espèces en voie de disparition bénéficient d'une protection stricte, tandis que l'agence compétente a un pouvoir discrétionnaire pour définir les modalités de protection de chaque espèce menacée ⁵⁶.

Les agences doivent examiner cinq facteurs, principalement scientifiques, pour déterminer le risque d'extinction d'une espèce et le degré de protection nécessaire. Elles peuvent opter pour l'une des trois possibilités : aucune protection fédérale, espèce menacée ou espèce en voie de disparition. Si une ou plusieurs des menaces suivantes est prouvée, l'espèce doit être classée :

1. la destruction, la modification ou la réduction, actuelle ou envisagée, de son habitat ou de son aire de répartition ;
2. la surexploitation à des fins commerciales, récréatives, scientifiques ou éducatives ;

⁵³ Notice of Interagency Cooperative Policy on Information Standards Under the Endangered Species Act, 59 Fed. Reg. 34, 271, 1^{er} juillet 1994.

⁵⁴ Notice of Interagency Cooperative Policy on Information Standards Under the Endangered Species Act, 59 Fed. Reg. 34, 271, 1^{er} juillet 1994.

⁵⁵ 16 USC § 1532 (6) et 16 USC § 1532 (20).

⁵⁶ 16 USC § 1533 (d).

3. la maladie ou la prédation ;
4. l'inadéquation des mécanismes de réglementation existants ;
5. d'autres facteurs naturels ou artificiels affectant son existence continue⁵⁷.

L'agence a l'obligation d'analyser tous les facteurs, faute de quoi la décision peut être annulée par le juge. Toutes les informations scientifiques et les analyses rendues par les experts doivent être dans le dossier administratif et disponibles pour le public. L'agence doit justifier scientifiquement ses conclusions et expliquer quels sont les scénarios concernant chaque facteur de risque pour l'espèce en question⁵⁸.

Ces cinq critères doivent être également pris en considération pour reclassifier (*downlisting* ou *uplisting*) et pour déclasser une espèce (*delisting*).

Les deux outils fondamentaux de l'ESA qui[donc?] bénéficient les espèces classées sont l'obligation pour toutes les agences fédérales de consulter l'agence de la biodiversité compétente lorsque leurs actions ont des effets sur une espèce classée ou son habitat essentiel⁵⁹ (chapitre 7) et les interdictions générales à l'égard des espèces classées, notamment l'interdiction de *take*⁶⁰ des animaux protégés (chapitre 9). En outre, l'ESA détermine les exceptions, comme les plans de conservation de l'habitat⁶¹, et les conditions des plans de rétablissement des espèces. L'article 11(g) relatif à l'intérêt à agir constitue la disposition procédurale clé de cette loi, puisqu'il permet à toute personne de saisir les tribunaux de district des États-Unis pour assurer le respect de la loi (*citizen suit clause*)⁶².

Il convient de noter qu'aux États-Unis, le classement ou le déclassement des espèces ne se limitent pas à des conséquences en matière de conservation. Ces décisions modifient la répartition des compétences entre les États fédérés et le Gouvernement fédéral. Autrement dit, le classement dépossède l'État fédéré de sa compétence de gestion de la faune et de la flore de l'espèce classée, laquelle relève alors des agences fédérales. De ce fait, cette décision soulève également un enjeu politique majeur.

⁵⁷ 16 USC § 1533 (a).

⁵⁸ Court of appeals for the Ninth Circuit, *Defenders of Wildlife v. Norton*, 258 F.3d 1136 (9th Cir. 2001).

⁵⁹ M. TAYLOR et R. SAYERS, « Interagency consultation and Conservation Duties under Section 7 », in DC. BAUR et YW. LI (eds), *Endangered Species Act: law, policy, and perspectives*, 3^e éd., Chicago, American Bar Association, 2021. p. 111-140.

⁶⁰ La notion de *take* dépasse la notion du prélèvement, notamment *take* comprend aussi une interdiction de modification de l'habitat lorsque ladite modification nuit aux spécimens. D. GOBLE *et al.*, *Wildlife law: cases and materials*, 3^e éd., St. Paul, Foundation Press, 2017, pp. 910 et s.

⁶¹ Les régimes de dérogation aux États-Unis fonctionnent d'une manière différente au régime de l'UE, voir notamment, J.-B. RUHL, « How to kill endangered species, legally: The nuts and bolts of Endangered Species Act' HCP' permits for real estate development », *The Environmental Lawyer*, 1999, vol. 5, n° 2 pp. 344-405.

⁶² Cette disposition doit être interprétée dans le cadre de la jurisprudence limitant l'intérêt à agir, voy. SCOTUS, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992).

Compte tenu du caractère scientifique des décisions de classement, les contentieux à leur égard ont aussi une forte composante biologique et écologique. En effet, les juges sont confrontés aux débats scientifiques, par exemple sur des questions taxonomiques⁶³ qui n'arrivent pas à dissimuler les enjeux politiques sous-jacents.

B. Les sciences naturelles : un levier du contentieux

Sous la protection de l'ESA, les populations de loups et d'ours grizzlys ont augmenté et, avec elles, l'opposition d'une partie des populations rurales et des États concernés. Dans ce contexte, l'USFWS a tenté, depuis une vingtaine d'années, de déclasser une partie de la population de ces deux espèces. En réponse, des associations ont eu recours à des actions contentieuses et les juridictions ont accueilli leurs arguments dans la grande majorité des cas⁶⁴.

Aux États-Unis, l'étendue du contrôle juridictionnel des actes administratifs a permis le développement d'un contentieux « scientifique » pour la protection de grands prédateurs (§ 1). Pour autant, il convient de reconnaître les effets paradoxaux d'une concentration exclusive sur la voie juridictionnelle en matière de conservation des loups, des ours et des grizzlys (§ 2).

§ 1. Des contentieux hautement scientifiques

Avant d'examiner les arrêts concernant les décisions administratives de déclasser de grands prédateurs, il importe de comprendre le type de contrôle exercé par le juge états-unien. La forme de contrôle des actes administratifs varie en fonction du type d'acte (caractère général ou individuel), de la procédure suivie (formelle ou informelle) et de la question posée au juge (question de fait ou de droit)⁶⁵. Les actes administratifs réglementaires adoptés suivant la procédure de *rulemaking* informelle, tels que le classement des espèces, sont soumis au standard de la « décision arbitraire et capricieuse ».

Sous ce standard, le juge analyse si la décision est raisonnée, conforme au dossier administratif et si l'agence répond aux enjeux soulevés par les commentaires du public⁶⁶. En matière de conclusions factuelles, les juges modulent leur contrôle

⁶³ Court of appeals for the Eleventh Circuit, *Alabama-Tombigbee Rivers v. Kempthorne*, 477 F.3d 1250 (11th Cir. 2007).

⁶⁴ De nos jours, seul le déclasser de *Distinct Population Segment Northern Rocky Mountains* du loup est en vigueur à cause de l'intervention directe du Congrès, qui a interdit le contrôle juridictionnel de cette décision, sauf dans le Wyoming. *Section 1713 of the Department of Defense and Full-Year Continuing Appropriations Act of 2011*. Pub. L. 112-10, 125 Stat. 38, 15 avril 2011.

⁶⁵ M. LAPORTE, *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du Legal Process*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, pp. 386 et s.

⁶⁶ En français, voy. M. MICHAUD, *L'État administratif aux États-Unis*, Thèse de doctorat dactyl., Paris, Université Panthéon-Assas, 2021.

afin de ne pas substituer leur appréciation à celle des agences, notamment sur les questions scientifiques⁶⁷. Toutefois, le juge n'exprime pas une déférence absolue. Le contrôle actuel des conclusions de fait est approfondi (*hard look*), le juge exerce un contrôle allant au-delà de la seule erreur manifeste d'appréciation⁶⁸.

Actuellement, le juge résout la question du classement d'une espèce en utilisant le standard de la décision arbitraire et capricieuse et l'obligation de ne prendre en compte que les données scientifiques⁶⁹. En pratique, l'exigence de la meilleure science disponible n'a pas conduit à plus de déférence du juge envers les conclusions scientifiques des agences. Le juge requiert, au contraire, des motifs explicites concernant les critères pris en compte et les analyses des données scientifiques. Par conséquent, la discussion des aspects scientifiques de la décision est approfondie⁷⁰. Le juge vérifie si les conclusions des agences ont un fondement scientifique conforme à la meilleure science disponible dans le dossier.

Concernant la conservation des grands prédateurs, dans la grande majorité des cas, les juges ont considéré les décisions de déclassement de loups et d'ours grizzlys de l'USFWS comme « arbitraires et capricieuses » à cause de défauts d'analyse des aspects scientifiques⁷¹. L'arrêt *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*⁷² fournit un excellent exemple. Les requérants contestaient le déclassement de la population d'ours grizzlys du *Greater Yellowstone Ecosystem*. Ils argumentaient que les meilleures données scientifiques disponibles indiquaient qu'une diminution des pins à écorce blanche (*whitebark pine*) affecterait négativement cette population. En effet, ces pins sont une source importante de nourriture, mais ils risquaient de souffrir un fort déclin d'être décimés à cause d'une épidémie et du changement climatique. Au contraire, selon l'USFWS, sur la base de ce qu'il

⁶⁷ J. L. MASHAW *et al.*, *Administrative Law, the American Public Law System: Cases and Materials*, 8^e éd., St. Paul, West Academic Press, 2019, pp. 1018 et s.

⁶⁸ M. LAPORTE, *La distinction public-privé aux États-Unis et la tradition doctrinale du Legal Process*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 390.

⁶⁹ Holly Doremus met en question si, en réalité, le standard de la meilleure science disponible ajoute plus d'exigences à celles contenues dans l'interprétation actuelle du standard « arbitraire et capricieux ». Cependant, la Cour suprême n'avait pas encore consolidé le contrôle approfondi lorsque le Congrès a établi « l'exigence de la meilleure science disponible ». Voy. H. DOREMUS, « The Purposes, the Effects, and Future of the Endangered Species Act's Best Available Science Mandate », *Environmental Law*, 2004, vol. 34, n° 2, p. 423.

⁷⁰ Court of appeals for the Ninth Circuit, *Greater Yellowstone Coal., Inc. v. Servheen*, 665 F.3d 1015 (9th Cir. 2011). Pour une discussion sur la portée du contrôle juridictionnel lorsque les questions sont scientifiques, voy. J. L. MASHAW *et al.*, *Administrative Law, the American Public Law System: Cases and Materials*, 8^e éd., St. Paul, West Academic Press, 2019, p. 1004.

⁷¹ Concernant la population de loups de l'Ouest, voy. EA. Fitzgerald, *Wolves, courts, and public policy: the children of the night return to the northern Rocky Mountains*, Maryland, Lexington Books, 2015, pp. 175 et s. Concernant la population de l'Est, R. TRUJILLO, *Les communs naturels complexes — Concept et Gouvernance —. Analyse comparée France-États-Unis*, coll. de thèses LGDJ, Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement, à paraître.

⁷² District court for the District of Montana, *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F. Supp. 2d 1105 (D. Mont. 2009).

considérerait comme la meilleure science disponible, la population d'ours grizzlys pourrait s'adapter à un éventuel déclin et être déclassée. L'analyse de la Cour de district du Montana face à cette question mérite d'être citée *in extenso*, car elle indique comment le juge examine les aspects scientifiques⁷³ :

« Bien que le juge doive déférer à l'interprétation scientifique d'une agence lorsqu'elle est raisonnable (McNair, 537 F.3d à 983), il y a un décalage entre les études sur lesquelles l'agence s'appuie ici et ses conclusions. Dans ses mémoires à la Cour, l'USFWS minimise la relation entre le pin à écorce blanche et la survie des ours grizzlys, affirmant que les meilleures données scientifiques disponibles montrent qu'il n'y a pas de relation aussi forte qu'on le pensait. Cependant, les études sur lesquelles l'USFWS s'appuie démentent cette affirmation. Ces études continuent d'affirmer qu'il existe un lien entre le pin à écorce blanche et la survie des ours grizzlys : “[l]a relation entre la production de pins à écorce blanche et l'augmentation de la mortalité des ours a été bien documentée [...] et nos résultats apportent un soutien supplémentaire”. [...] Ainsi,] lorsque les conclusions de l'agence contredisent les données scientifiques, elles ne sont pas raisonnables et la Cour ne doit pas s'en remettre à la décision de l'agence »⁷⁴.

Les juges ont aussi analysé la question de la variabilité génétique des populations de loups et d'ours grizzlys. Notamment, dans l'affaire *Crow Indian Tribe v. United States*, la cour d'appel a confirmé que la décision de déclassement d'une partie des populations d'ours grizzlys était arbitraire et capricieuse. La Cour a relevé que l'agence ne disposait pas de base scientifique pour conclure que la faible diversité génétique de la population d'ours grizzlys du *Greater Yellowstone Ecosystem* ne constituait pas une menace à long terme pour cette portion de l'espèce⁷⁵. De même, dans l'arrêt *Defenders of Wildlife v. Safari Club International*, le juge a annulé le déclassement de 2008 de la population de loups des *Northern Rocky Mountains*. En bref, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de preuve d'échanges génétiques entre les sous-populations de ce segment de la population, ce que l'USFWS avait établi comme une condition du déclassement⁷⁶. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a examiné la qualité de l'étude sur la variabilité génétique, notamment sa représentativité statistique et ses méthodes⁷⁷.

⁷³ Cette conclusion été confirmée en deuxième instance. Court of appeals for the Ninth Circuit, *Greater Yellowstone Coal., Inc. v. Servheen*, 665 F.3d 1015 (9th Cir. 2011).

⁷⁴ District court for the District of Montana, *Greater Yellowstone Coalition, Inc. v. Servheen*, 672 F. Supp. 2d 1105 (D. Mont. 2009).

⁷⁵ Court of appeals for the Ninth Circuit, *Crow Indian Tribe v. United States*, 965 F.3d 662 (9th Cir. 2020).

⁷⁶ District court for the District of Montana, *Defenders of Wildlife v. Safari Club International*, 565 F. Supp. 2d 1160 (D. Mont. 2008).

⁷⁷ District court for the District of Montana, *Defenders of Wildlife v. Safari Club International*, 565 F. Supp. 2d 1160 (D. Mont. 2008).

Par rapport à la question de la population, les décisions de justice sont assez précises. Dans l'arrêt *Carlton v. Babbitt*, la Cour du district de Columbia a annulé le refus de classer la population d'ours grizzlys de *Selkirk* comme une espèce en voie de disparition, car l'agence avait notamment rejeté l'estimation de la population proposée par les demandeurs sans fournir d'explication suffisante⁷⁸. Par ailleurs, un deuxième motif de la décision *Crow Indian Tribe v. United States* a résidé dans le fait que l'USFWS n'avait pas inclus un mécanisme adéquat pour l'estimation d'ours par les États fédérés après le déclassement (*recalibration provision*). Bien que la question puisse paraître secondaire, elle est importante, car la méthode de comptage utilisée par l'USFWS avait tendance à sous-évaluer le nombre d'ours grizzlys, alors que la nouvelle méthode adoptée par les États fédérés, sans recalibrage, donnerait l'illusion d'une augmentation artificielle de la population et permettrait la mise en place de mesures de gestion léthale. De surcroît, l'absence de recalibrage dans la décision de déclassement obéissait à la pression politique exercée par les États⁷⁹.

Ces exemples de contentieux concernant le déclassement des loups et des ours grizzlys mettent en relief l'étendue des questions scientifiques et comment le cadre juridique renforce la place de certains savoirs scientifiques pour les décisions de protection. En matière de conservation, les contentieux posent aussi la question complexe de la population minimale viable de ces deux espèces.

§ 2. Le risque : une population minimale devenue maximale

Dans les arrêts examinés, la notion clé est le rétablissement. Il s'agit d'une notion juridique, malgré l'importance des critères scientifiques qui lui servent de fondements⁸⁰. En effet, cette notion implique la prise en compte des facteurs démographiques, génétiques et écologiques, sans pouvoir se détacher complètement des choix politiques et des mesures juridiques de conservation⁸¹. Face à des questions scientifiquement complexes et, dans une certaine mesure, incertaines, le juge doit prendre une décision concrète : la population d'ours grizzlys est-elle rétablie ? La population de loups résistera-t-elle à une saison de chasse ? La population d'ours grizzlys résistera-t-elle au déclin de pins ? Ces interrogations deviennent, par simplification : combien d'individus sont nécessaires pour garantir la protection de l'espèce ? Les personnes se concentrent sur le nombre

⁷⁸ District Court for the District of Columbia, *Carlton v. Babbitt*, 900 F. Supp. 526 (D.D.C. 1995).

⁷⁹ Court of appeals for the Ninth Circuit, *Crow Indian Tribe v. United States*, 965 F.3d 662 (9th Cir. 2020).

⁸⁰ 50 CFR 402.02.

⁸¹ H. STOKLAND, « How Many Wolves Does It Take to Protect the Population? Minimum Viable Population Size as a Technology of Government in Endangered Species Management (Norway, 1970s-2000s) », *Environment and History*, 2016, vol. 22, n° 2, pp. 191-227.

de loups et d'ours grizzlys, qui finit par être le « sujet » du contentieux ⁸². Cette manière d'encadrer la protection de certaines espèces soulève au moins deux difficultés.

La première tient au fait que la population minimale viable de ces deux espèces est progressivement assimilée à une population maximale admissible ⁸³. Aux États-Unis, si une partie de la population de loups est déclassée, elle devient immédiatement un objet de chasse dans les États. Par exemple, la population de loups dans le Minnesota s'est réduite de 25 % pendant la première saison de chasse de l'année 2012, laquelle s'est déroulée simultanément à la procédure juridictionnelle ⁸⁴. D'un point de vue écologique, assimiler une population minimale viable à une population maximale admissible peut avoir pour effet de maintenir les populations de ces deux espèces à des effectifs trop faibles, les exposant ainsi à un risque d'extinction ⁸⁵.

La deuxième difficulté est que la judiciarisation accentue la confrontation entre les parties. Elle augmente aussi le risque d'ossifier les conflits de conservation sous-jacents auxquels le juge ne peut pas répondre. À cet égard, la Cour de district du Montana affirme :

« Les implications politiques du déclassement de l'ours grizzly du *Greater Yellowstone* sont importantes, mais elles ne peuvent pas influencer la décision de la Cour. Bien que cet arrêt puisse avoir des répercussions dans tout le territoire des ours grizzlys et au-delà, cette affaire ne porte pas sur l'éthique de la chasse, ni sur la résolution des conflits entre l'homme ou le bétail et les ours grizzlys d'un point de vue pratique ou philosophique. [...] L'examen de cette Cour [...] se restreint à répondre à une question de type "oui ou non" : l'USFWS a-t-il outrepassé sa compétence légale lorsqu'il a déclassé l'ours grizzly du *Greater Yellowstone* de la liste des espèces protégées ? » ⁸⁶

⁸² Il est bien connu que la conservation des grands prédateurs dépasse la question du nombre, autant dans le domaine scientifique, que dans le domaine juridique, comme les décisions citées l'ont démontré. A. KATHLEEN et C. SANDERSON, « Conserving Carnivores: More Than Numbers », *Science*, vol. 343, n° 6176, p. 1199.

⁸³ Y. EPSTEIN, *The Big Bad EU? Species Protection and European Federalism A Case Study of Wolf Conservation and Contestation in Sweden*, thèse de doctorat dactyl., Uppsala Universitet, 2017, p. 24.

⁸⁴ « Minnesota's Wolf Population down nearly 25 % », *Grand Forks Herald*, juillet 2013, disponible sur <https://www.grandforksherald.com/sports/minnesotas-wolf-population-down-nearly-25-percent>, consulté la dernière fois le 17 janvier 2026.

⁸⁵ H. STOKLAND, « How Many Wolves Does It Take to Protect the Population? Minimum Viable Population Size as a Technology of Government in Endangered Species Management (Norway, 1970s-2000s) », *Environment and History*, 2016, vol. 22, n° 2.

⁸⁶ District court for the District of Montana, *Defenders of Wildlife v. Safari Club International*, 565 F. Supp. 2d 1160 (D. Mont. 2008).

Nous constatons que l'approche contentieuse a garanti la continuité des efforts de conservation des grands prédateurs aux États-Unis⁸⁷. En se fondant sur les savoirs scientifiques, le juge occupe un rôle principal dans la détermination de la population de loups et d'ours. Pour autant, si l'objectif de protection va au-delà d'une population minimale de ces deux espèces, les limites d'une approche uniquement contentieuse apparaissent. Si le rôle du tribunal est essentiel, il ne constitue pas nécessairement le forum le plus approprié pour appréhender les enjeux profonds liés à la coexistence entre les grands prédateurs et les humains.

En réalité, la coexistence avec les loups et les ours ne relève pas seulement d'une question scientifique sous le contrôle du juge. La question n'est pas tant de gérer les populations de ces deux espèces que de reconnaître que les grands prédateurs et les humains font partie d'un même écosystème. Par conséquent, une protection effective de la biodiversité, notamment des grands prédateurs, dépend aussi de la mise en place de stratégies complémentaires sur le terrain qui associent tous les acteurs et leurs savoirs.

II. LE DIALOGUE DES SAVOIRS AU CŒUR DU *BLACKFOOT CHALLENGE*

L'une des manières d'intégrer les acteurs dans la prise en charge de leur milieu consiste à recourir à des structures de gouvernance collaborative⁸⁸. Ces structures sont une option pour la protection de la biodiversité dans la mesure où elles reconnaissent le rôle particulier des habitants et elles tendent à favoriser l'effectivité de la protection⁸⁹. Toutefois, elles sont difficiles à mettre en œuvre, particulièrement lorsqu'il s'agit de situations conflictuelles, comme la conservation des grands prédateurs⁹⁰.

Aux États-Unis, plusieurs structures de gouvernance se sont développées à partir des années 1990, spécialement dans l'Ouest. L'une de ces initiatives travaillant pour la coexistence avec les grands prédateurs est le *Blackfoot Challenge (BC)* (A). Au sein de cette structure, l'inclusion de tous les systèmes de savoirs constitue l'un des principes ayant contribué à son succès (B).

⁸⁷ N. GREENWALD, « Recovery of the Grizzly Bear at the Intersection of Law and Science », *Frontiers in Conservation Science*, 2023, vol. 4.

⁸⁸ Sur la définition des structures de gouvernance collaborative, voy. K. EMERSON et T. NABATCHI, *Collaborative governance regimes*, Washington, D.C., Georgetown University Press, 2015, p. 19.

⁸⁹ C. HOLLEY et A. LAWSON, « Implementing Environmental Law and Collaborative Governance », in P. MARTIN et A. KENNEDY (ed.), *Implementing Environmental Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, p. 240.

⁹⁰ M.B. RUTHERFORD, G. McLAUGHLIN et S. PRIMM, « Participatory projects for coexistence: Rebuilding Civil society », in S.G. CLARK, M.B. RUTHERFORD et D. CASEY (eds), *Coexisting with large carnivores: lessons from Greater Yellowstone*, Washington, Island Press, 2005.

A. Le comité de la faune sauvage du *Blackfoot Challenge* : une initiative pour la coexistence

Afin de comprendre les efforts du *BC* en faveur de la coexistence entre les grands prédateurs et les humains (§ 2), il convient d'abord de situer cette structure de gouvernance, tant du point de vue écologique que social (§ 1).

§ 1. Le cadre du *Blackfoot Challenge*

Le travail du *BC* concerne le bassin-versant de la rivière *Blackfoot*⁹¹, dans l'État du Montana. Ce bassin d'environ 6 000 km² constitue l'extrémité sud du *Crown of the continent*, l'un des écosystèmes les plus intacts sur le plan écologique en Amérique du Nord⁹².

La mosaïque d'habitats de la zone provient de la présence historique des glaciers et de la diversité d'habitats dans les différentes altitudes. Les zones montagneuses sont dominées par différents types de forêts et le fond du bassin-versant, où se trouve la majorité des propriétés privées, est couvert de prairies, de steppes d'armoise et de plantes indigènes. Par ailleurs, la diversité biologique du bassin-versant résulte aussi de ses zones humides. Grâce à ces caractéristiques, le bassin abrite plus de 600 espèces de plantes vasculaires, dont six communautés végétales rares. Il constitue également un habitat idéal pour un éventail d'animaux sauvages, notamment l'ours grizzly, le loup, le lynx du Canada, le carcajou, la grue du Canada et le cygne trompette. En outre, la rivière et ses affluents sont très riches en termes halieutiques.

Le bassin-versant de la rivière *Blackfoot* est relativement peu développé et peu peuplé. On dénombre environ 9 000 habitants (1.5 hab./km²). L'exploitation forestière et l'élevage restent les principales activités économiques et façonnent l'identité de la plupart des populations, tandis que de nouvelles économies basées sur les loisirs et le tourisme sont en essor.

À la fin des années 1980, le bassin-versant avait des problèmes d'assèchement des cours d'eau et de mauvaise qualité de l'eau. La rivière *Blackfoot* avait été classée comme l'une des rivières les plus menacées des États-Unis et la ressource halieutique se dégradait avec elle⁹³. Il y avait également des difficultés pour la protection des espèces en voie de disparition et menacées. Les conditions environnementales du bassin étaient préoccupantes. Pour autant, des

⁹¹ N. MACLEAN, *A River Runs Through It and Other Stories*, 8^e éd., Chicago, Univ. of Chicago Press, 1993.

⁹² S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 181.

⁹³ Voy. <https://blackfootchallenge.org/history/>. Consulté la dernière fois le 17 janvier 2026.

pressions extérieures suscitaient encore davantage d'inquiétude : le lotissement, la création de centres commerciaux, en somme, l'aménagement urbain ⁹⁴.

En réponse, des leaders locaux ont commencé à organiser des réunions publiques pour examiner l'idée de créer une organisation dès 1991. L'objectif était d'établir un forum ouvert à tous les acteurs pour définir et coordonner les actions nécessaires à la conservation du bassin. En 1993, un premier groupe de propriétaires privés a constitué le *Blackfoot Challenge*, une organisation de droit privé sans but lucratif dont l'objet est de « coordonner les efforts visant à améliorer, conserver et protéger les ressources naturelles et le mode de vie rural de la vallée de la rivière Blackfoot pour les générations actuelles et futures » ⁹⁵.

La clé de voûte du processus du *BC* est la participation de tous les acteurs concernés, privés et publics au sein du conseil d'administration, l'organe principal de décision. Les acteurs publics sont les agences fédérales ⁹⁶ et étatiques ⁹⁷, qui sont les propriétaires de la majorité des terrains (Fig. 1). S'agissant des acteurs privés, les résidents, les entreprises du secteur touristique ainsi que les associations de protection de l'environnement sont des participants actifs. Par ailleurs, toutes les personnes peuvent devenir membres et, au sein du Conseil, les différentes régions du bassin doivent être représentées.

Le *BC* travaille, à travers des comités, sur plusieurs sujets : l'eau, les bonnes pratiques agricoles, la forêt, les plantes envahissantes, le développement de stratégies de conservation, la politique de récréation, ainsi que la coexistence avec les grands prédateurs qu'il convient d'examiner à présent.

§ 2. Le comité de la faune sauvage : vers la réduction des dommages

Les propriétés privées dédiées à l'élevage dans la vallée de la *Blackfoot*, entourées par les forêts fédérales (Fig. 1), sont des zones problématiques pour la coexistence entre les grands prédateurs et le bétail. Autrement dit, la structure de la propriété foncière dans le bassin augmente les possibilités de rencontre entre les ours grizzlys, les loups et les éleveurs.

D'abord, les ours grizzlys ont commencé à réoccuper le bassin à la fin des années 1990 et les conflits avec les habitants ont augmenté entre 1998 et 1999 ⁹⁸. La mort d'un chasseur attaqué par une femelle a été l'événement déclencheur

⁹⁴ E. P. WEBER, « Explaining Institutional Change in Tough Cases of Collaboration: 'Ideas' in the Blackfoot Watershed », *Public Administration Review*, 2009, vol. 69, n° 2, p. 317.

⁹⁵ Voy. <https://www.blackfootchallenge.org/history/>, consulté la dernière fois le 17 janvier 2026.

⁹⁶ L'USFWS, l'*United States Forest Service* et le *Bureau of Land Management*.

⁹⁷ Le *Montana Fish Wildlife and Parks*, le *Natural Resource Conservation Services* et le *Montana Department of Natural Resources and Conservation*.

⁹⁸ S. WILSON, E. BRADLEYET et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 248.

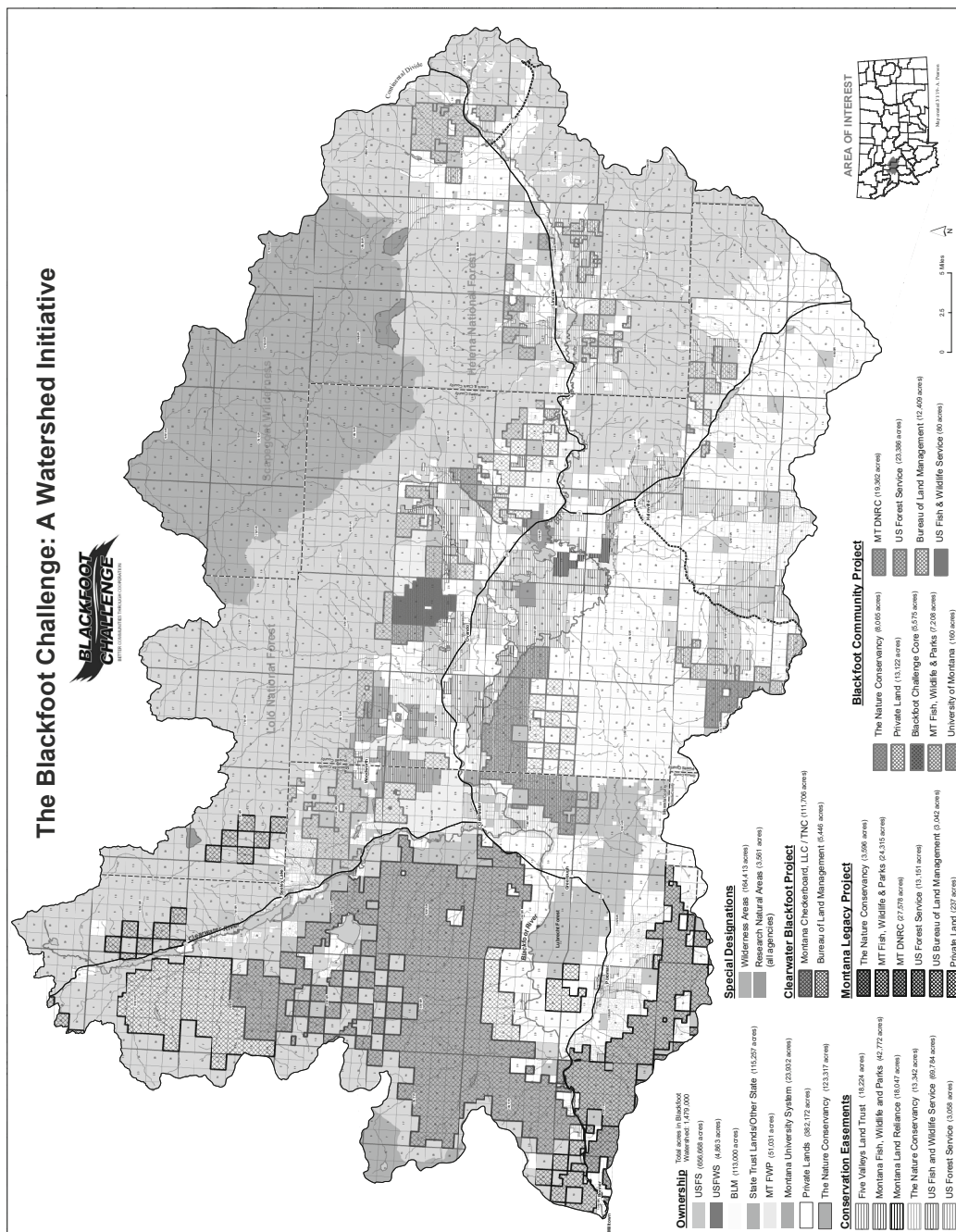


Fig. 1. Carte des propriétaires fonciers de la zone du BC

des actions du BC. Par la suite, les réunions publiques organisées par le BC et le *Montana Fish Wildlife and Parks* (MT FWP) ont été les premiers pas dans la formation du comité de la faune sauvage (*Wildlife*). Le BC a accepté la création de ce comité, à condition qu'il ne s'occupe que des ours grizzlys⁹⁹ et le programme a été lancé en 2002.

Peu de temps après, les loups sont arrivés depuis le parc *Yellowstone* en 2007 et les premières prédateurs confirmées de bétail ont eu lieu en 2008¹⁰⁰. Malgré des résultats positifs concernant les ours, un certain nombre de personnes se sont retirées lorsque le comité a commencé à traiter la question du loup. Cependant, les premières années de cette expérience ont permis de faire face au retour du loup et d'adapter les stratégies à cette espèce¹⁰¹.

En pratique, le comité de la faune, dans l'esprit du BC, constitue un espace où les propriétaires fonciers, les agences fédérales et étatiques, les associations de défense de l'environnement et d'autres groupes d'intérêt définissent des stratégies pour la coexistence avec les grands prédateurs, tout en tenant compte de leur contexte socio-économique¹⁰².

Le but du comité de la faune sauvage du BC est de réduire les dommages causés par les prédateurs. Certes, la réduction des conflits entre les prédateurs et les personnes semble centrée sur les préoccupations humaines de sécurité et de protection de la propriété, y compris des troupeaux. Pour autant, cet objectif a été le résultat des délibérations entre les parties prenantes et témoigne d'un effort réussi de définition d'un problème commun¹⁰³. De surcroît, il a une incidence positive sur les prédateurs, car « il existe une forte relation entre le nombre d'animaux

⁹⁹ S. WILSON, E. BRADLEYET et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 248.

¹⁰⁰ S. WILSON, E. BRADLEYET et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 250.

¹⁰¹ S. WILSON, E. BRADLEYET et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 251.

¹⁰² Voy. <https://www.blackfootchallenge.org/what-we-do/wildlife/>, consulté la dernière fois le 17 janvier 2026. Pour approfondir les résultats des stratégies de ce comité, voy. S. WILSON, « Living with Predators: A 20-Year Case Study in the Blackfoot River Watershed of Montana », in L.B. McNEW, D. K. DAHLGREN et J. L. BECK (ed.), *Rangeland Wildlife Ecology and Conservation*, Springer International Publishing, pp. 969-993.

¹⁰³ La définition d'un problème commun dans le cas des conflits liés à la conservation est une tâche très complexe. Notamment, pour certains, le problème réside dans un nombre trop élevé d'ours ou dans la régulation fédérale, tandis que pour d'autres, il s'agit d'un nombre d'ours trop faible. S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 187.

domestiques tués par des loups et le nombre de loups tués par des personnes »¹⁰⁴. Concernant les ours grizzlys, ils sont aussi attrapés, relocalisés et, si cette dernière mesure ne fonctionne pas, abattus lorsqu'ils entrent à nouveau en conflit avec les humains¹⁰⁵.

Parmi les actions mises en place grâce au comité se trouvent des mécanismes de partage d'information, un programme de *range riders*¹⁰⁶ pour la saison de pâturage, l'utilisation de clôtures électriques et la création d'un centre pour traiter les carcasses des animaux domestiques morts d'autres causes. Ces mesures ont été réfléchies et adaptées par et pour la communauté du BC¹⁰⁷.

Bien qu'il ne soit pas possible d'établir une corrélation directe entre les actions du comité de la faune et la réduction du nombre de prédatons confirmées en raison de la multiplicité des facteurs existants, leurs résultats sont encourageants¹⁰⁸. Entre 2003 et 2019, il y a eu une réduction de 71 % des conflits confirmés entre les humains et les ours grizzlys, sauf en 2018¹⁰⁹. De plus, par rapport à d'autres régions comparables, la mortalité des ours grizzlys due à des conflits répétés avec les personnes dans la zone noyau du bassin-versant de la *Blackfoot* reste parmi les plus faibles de l'écosystème du *Northern Continental Divide*¹¹⁰. Concernant les

¹⁰⁴ N. FASCIONE, A. DELACH et M. SMITH, *People and Predators: From Conflict to Coexistence*, Washington, Island Press, 2004, p. 58.

¹⁰⁵ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 177.

¹⁰⁶ Le dispositif de *range rider* dans le bassin-versant a commencé à la suite du retour des loups. Deux habitants ont été formés au suivi des loups (télémétrie, détection des traces et indices de présence) avec l'aide du MT FWP pour surveiller certaines zones pendant la saison de pâturage (du 1^{er} mai au 31 octobre) et informer les éleveurs de la présence des loups pour qu'ils puissent adapter les trajets des troupeaux. S. WILSON, « Living with Predators: A 20-Year Case Study in the Blackfoot River Watershed of Montana », in L.B. MCNEW, D. K. DAHLGREN et J. L. BECK (ed.), *Rangeland Wildlife Ecology and Conservation*, Springer International Publishing, pp. 969-993.

¹⁰⁷ S. WILSON, « Living with Predators: A 20-Year Case Study in the Blackfoot River Watershed of Montana », in L.B. MCNEW, D. K. DAHLGREN et J. L. BECK (ed.), *Rangeland Wildlife Ecology and Conservation*, Springer International Publishing, pp. 969-993.

¹⁰⁸ S. WILSON, E. BRADLEY et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 253.

¹⁰⁹ Selon le rapport d'activité de faune, l'année 2018 a été exceptionnelle, car il y a eu environ 70 conflits résidentiels où les ours ont été attirés par des poubelles et de la nourriture pour animaux domestiques. Les ours apprennent à repérer ces sources de nourriture et risquent de revenir. En 2019, les conflits ont diminué, avec seulement 47 interactions résidentielles. En 2023, les conflits ont diminué sauf dans la zone de *Potomac*. Voir <https://www.blackfootchallenge.org/resource-library/?categories=reports&tags=wolve>, consulté la dernière fois le 17 janvier 2026.

¹¹⁰ C. COSTELLO et L. ROBERTS, « Northern Continental Divide Ecosystem Grizzly Bear Population Monitoring Team Annual Report 2016 », Montana Fish Wildlife & Parks, 2017.

loups, entre 2007 et 2020, les pertes de bétail dues à cette espèce ont été faibles alors que la population de loups augmentait de façon exponentielle avant de se stabiliser dans cette zone ¹¹¹.

Il convient de noter également que depuis 2011, le loup n'est plus une espèce protégée par l'ESA dans le Montana. La législation étatique autorise actuellement la chasse au loup et d'autres formes de prélèvement ¹¹². Toutefois, la population de loups a augmenté et s'est stabilisée dans la zone du BC ¹¹³, même lorsque les résidents, notamment les éleveurs, sont autorisés à les abattre.

Si le succès des actions du comité de la faune obéit à plusieurs facteurs ¹¹⁴, un aspect fondamental concerne la prise compte des savoirs scientifiques et des savoirs locaux afin d'avoir une vision plus complète des interrelations au sein de l'écosystème, incluant les humains, les grands prédateurs et les troupeaux.

B. L'intégration des différents systèmes de savoirs pour la prise de décisions

Le BC se définit comme un processus. Son objectif principal est de servir de forum pour favoriser le dialogue civique afin de soutenir « une intendance environnementale durable du bassin-versant par la coopération des acteurs publics et privés » ¹¹⁵. Avec l'objectif d'être un forum inclusif, le BC prône les principes suivants : être une organisation non partisane ¹¹⁶, ouverte au public et transparente, associant tous les savoirs et avançant par consensus.

L'expérience du comité de la faune permet d'appréhender la manière dont les différents systèmes de savoirs sont intégrés dans le processus de décision en faveur de la coexistence (§ 1) et d'observer les effets positifs pour la gouvernance de la biodiversité (§ 2).

¹¹¹ S. WILSON, « Living with Predators: A 20-Year Case Study in the Blackfoot River Watershed of Montana », in L.B. MCNEW, D. K. DAHLGREN et J. L. BECK (ed.), *Rangeland Wildlife Ecology and Conservation*, Springer International Publishing, pp. 969-993.

¹¹² *Montana Annotated Code*, 87-5-131, 87-1-217, 87-1-901 et 87-6-214.

¹¹³ K. PODRUZNY *et al.*, *Montana Gray Wolf Conservation and Management 2022 Annual Report*, Helena, Montana Fish, Wildlife & Parks, 2022, p. 12. S. WILSON, « Living with Predators: A 20-Year Case Study in the Blackfoot River Watershed of Montana », in L.B. MCNEW, D. K. DAHLGREN et J. L. BECK (ed.), *Rangeland Wildlife Ecology and Conservation*, Springer International Publishing.

¹¹⁴ P. MARTIN et D. CRAIG, « Accelerating the Evolution of Environmental Law Through Continuous Learning from Applied Experience », in P. MARTIN et A. KENNEDY (ed.), *Implementing Environmental Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, p. 45.

¹¹⁵ S. WILSON, E. BRADLEY et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 246.

¹¹⁶ *Non-partisan, non-advocacy, non-litigious.*

§ 1. Les formes de dialogue des savoirs au sein du comité de la faune

Le partage d'informations entre toutes les parties prenantes est fondamental pour le fonctionnement du BC et du comité de la faune. L'information utilisée pour délibérer inclut les savoirs provenant des sciences naturelles, des sciences sociales, des outils de sciences citoyennes et des savoirs locaux ¹¹⁷, en particulier les pratiques des éleveurs.

Les connaissances en sciences naturelles relatives à la zone sont principalement apportées par les scientifiques des agences partenaires, tant fédérales qu'étatiques, selon leurs domaines d'expertise. Lorsque cela est nécessaire, le BC sollicite des experts extérieurs.

Le BC cherche à comprendre également les attentes, les contraintes et les inquiétudes des habitants de la zone afin de répondre aux questions sociales ou économiques, en utilisant le recours aux enquêtes ¹¹⁸ et aux réunions informelles ¹¹⁹. Une des premières actions du comité de faune a été notamment la réalisation des enquêtes pour mieux comprendre les avis des résidents, des éleveurs et des usagers touristiques entre 2002 et 2003. Les enquêtes ont mis en évidence les inquiétudes, mais aussi les sujets plus consensuels parmi les acteurs concernés. Par exemple, 90 % des personnes étaient d'accord avec l'affirmation selon laquelle les propriétaires fonciers devaient prendre des précautions pour réduire les conflits avec les ours grizzlys ¹²⁰.

Le comité utilise en outre des outils de science citoyenne. En effet, les premières prédatons des loups dans le bassin ont alimenté des rumeurs sur leur nombre. Les habitants de la zone avaient l'impression que la vallée était « envahie par les loups ». En réponse, le comité de la faune, en partenariat avec le MT FWP, a demandé aux habitants de participer directement à la réalisation d'une enquête sur les loups en hiver pour « obtenir une meilleure compréhension collective du nombre de loups, de leur distribution et de leur

¹¹⁷ Nous utilisons le terme « savoirs locaux » dans cette section car, actuellement, il n'y a pas de population autochtone participant au sein du BC.

¹¹⁸ Parfois avec l'aide de chercheurs universitaires, par exemple, A. DUVALL, *Towards Community-Owned Forests: Landowner Perspectives on the Blackfoot Community Conservation Area*, The University of Montana, 2006, Disponible sur : <https://scholarworks.umt.edu/etd/1129>.

¹¹⁹ Sur l'importance de l'aspect social pour la conservation, voy. S.G. CLARK, M.B. RUTHERFORD et D. MATTSON, « Large Carnivores, People and Governance », in S.G. CLARK et M.B. RUTHERFORD (ed.), *Large carnivore conservation: integrating science and policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, pp. 11-14.

¹²⁰ L'enquête et les réponses sont disponibles dans S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014.

activité dans le bassin-versant »¹²¹. Cette participation a permis aux habitants d'avoir connaissance des comportements des loups, de leurs indices de présence et ainsi, de réduire les rumeurs et la peur¹²². Par ailleurs, le fait de travailler ensemble, agences et éleveurs, a permis de développer la communication et la confiance entre les acteurs.

Les savoirs locaux sont également pris en compte pour analyser les enjeux et construire les solutions possibles. Ces savoirs concernent, par exemple, « le fonctionnement des choses, les tendances et les changements de l'environnement, les endroits clés pour certaines activités, les significations culturelles et les sentiments à l'égard d'un lieu »¹²³.

Le comité de faune s'est particulièrement intéressé aux pratiques des éleveurs¹²⁴. Par exemple, les modalités d'utilisation du sol : les zones de pâturage publiques utilisées ainsi que les usages au sein des terrains privés¹²⁵. De même, il était important de comprendre les pratiques selon les saisons et comment les éleveurs de la région prennent soin de leurs troupeaux pendant l'hiver. La majorité des élevages de la région reposent notamment sur l'alimentation hivernale des troupeaux et la production de foin irrigué¹²⁶.

Ensuite, le comité a créé une cartographie participative des conflits et des points d'attraction potentiels pour les ours basée sur les données de localisation du

¹²¹ S. WILSON, E. BRADLEY et G. NEUDECKER, « Learning to Live with Wolves: Community-Based Conservation in the Blackfoot Valley of Montana », *Human-Wildlife Interactions*, 2017, vol. 11, n° 3, p. 251.

¹²² « Or il est nécessaire d'apprendre à connaître [le loup] pour se familiariser avec ses manières d'exister, comme il faut connaître les orages, les sols, les rivières pour rendre le monde habitable ». B. MORIZOT, *Les diplomates — Cohabiter avec les loups sur une autre carte du vivant*, Paris, Éditions Wildproject, 2016, p. 24.

¹²³ D. POUND, « Designing and Facilitating Consensus-Building — Keys to Success », in S. REDPATH *et al.* (ed.), *Conflicts in Conservation: Navigating Towards Solutions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 249.

¹²⁴ Les pratiques font partie des savoirs locaux. Didier Genin explique, notamment, que les pratiques des éleveurs « doivent être considérées à la lumière des significations qu'elles prennent dans le fonctionnement des systèmes socioécologiques ». D. GENIN, S. PARRA et E. CORCKET, « Enfoque sistémico del pastoralismo en base al estudio de los Sistemas Socio-Ecológicos de Castril, Santiago de la Espada et Pontones : una propuesta conceptual y metodológica », in P. DOMÍNGUEZ, D. GENIN et M. VENTURA OLLER (eds), *Comunales: el caso de los pastores trashumantes de las sierras de Andalucía nororiental*, Barcelona, Bellaterra Edicions, 2025, p. 217.

¹²⁵ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 189.

¹²⁶ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 194.

MT FWP et sur les pratiques des éleveurs¹²⁷. Cela a permis de concentrer les efforts du comité sur les endroits où ils avaient identifié plus de risques¹²⁸.

Le comité de faune a également fait attention aux perceptions des éleveurs à l'égard de leurs modes de vie. Par exemple, les carcasses se produisent davantage pendant la période de vêlage qui coïncide avec la sortie de la tanière des ours grizzlys. En raison de la quantité de travail, il est difficile pour un éleveur de disposer ses carcasses loin du lieu où se trouvent ses animaux, ce qui finit par attirer ces prédateurs près de veaux. La récupération de carcasses semblait une solution évidente. Toutefois, les éleveurs craignaient que les chiffres des animaux morts soient connus et qu'ils soient jugés comme de mauvais éleveurs. En conséquence, le comité a dû adapter la stratégie de récupération de carcasses pour garantir l'anonymat¹²⁹.

En bref, les stratégies préventives au sein du bassin-versant sont délibérées en utilisant des données provenant des savoirs scientifiques et des savoirs locaux. Cela permet de construire des réponses adaptées au contexte local qui dépassent la question contentieuse du nombre de loups et d'ours. L'objectif n'est pas uniquement la préservation des espèces classées, mais plutôt la conservation d'un espace rural, désormais partagé avec les non-humains. De plus, l'inclusion de différents systèmes de savoirs peut modifier la relation de pouvoirs entre les acteurs.

§ 2. Les effets transformateurs de l'inclusion de différents systèmes de savoirs

L'inclusion de différents systèmes de savoirs au sein du comité de la faune a des avantages au-delà de la coexistence et de la conservation de l'environnement. Notamment, cette prise en compte a des effets plus profonds favorisant la gouvernance elle-même. En effet, l'inclusion de toutes formes de savoirs réduit l'écart du pouvoir au sein du groupe en « supprimant le monopole de la connaissance dont jouissent certains [notamment les autorités] et en augmentant la valeur ajoutée des connaissances fondées sur la pratique »¹³⁰. En ce sens, il ne s'agit pas seulement d'utiliser les connaissances des populations, par exemple, la localisation des

¹²⁷ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 188.

¹²⁸ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 189.

¹²⁹ S. WILSON, G. NEUDECKER et J. JONKEL, « Human-Grizzly Bear Coexistence in the Blackfoot River Watershed, Montana: Getting Ahead of the Conflict Curve », in S.G. CLARK et M. RUTHERFORD (ed.), *Large Carnivore Conservation: Integrating Science and Policy in the North American West*, Chicago, University of Chicago Press, 2014, p. 194.

¹³⁰ E. P. WEBER, « Explaining Institutional Change in Tough Cases of Collaboration: 'Ideas' in the Blackfoot Watershed », *Public Administration Review*, 2009, vol. 69, n° 2, p. 323.

pâturages, mais d'ouvrir la discussion concernant les méthodes de production de connaissances et les objectifs de la conservation.

Ce dialogue est un facteur clé du succès d'une structure collaborative. Dans ce cadre, les experts scientifiques sont invités à changer de perspective, c'est-à-dire, à ne plus voir les autres parties prenantes comme un problème, mais plutôt à agir comme des partenaires prêts à l'écoute ¹³¹. L'expérience d'un propriétaire au sein du BC témoigne des effets de ce changement :

« Peu de temps après que le BC a commencé à travailler, j'ai remarqué un changement dans la façon dont les personnes étaient traitées par les représentants du gouvernement travaillant avec le BC. Au lieu d'être irrités et d'avoir l'impression que nous les dérangeons et que nous n'avons rien d'important à ajouter, ils me demandent maintenant mon point de vue sur les choses. Ils me demandent : "Comment feriez-vous ? Si nous devons le faire, est-ce que cela fonctionnerait sur votre terrain ?" Ou "Comment pouvons-nous vous aider à résoudre vos problèmes ?" Avant, ils se contentaient de nous présenter les données scientifiques et de nous dire ce que nous devons faire pour les aider à résoudre leurs problèmes. Aujourd'hui, ils sont prêts à écouter ce que nous savons pour avoir vécu et travaillé ici pendant si longtemps » ¹³².

Il convient de noter que la participation des habitants au sein du BC se traduit également par des dispositifs juridiques, au-delà des seuls statuts de l'association. En particulier, une partie de la zone couverte par le BC est soumise à une *conservation easement* au bénéfice de l'USFWS, qui fixe des objectifs de conservation ¹³³, et la propriété du BC est grevée d'une obligation de gestion communautaire ¹³⁴.

La question des données pertinentes n'exerce pas uniquement des effets sur la relation entre les personnes privées et les pouvoirs publics. Les données considérées sont une manière d'approcher la question environnementale, c'est-à-dire, comment se construit la définition de nature ¹³⁵.

Au sein du BC, personne n'a le monopole pour présenter le point de vue de l'environnement. Les associations de protection de l'environnement jouent un

¹³¹ D. POUND, « Designing and Facilitating Consensus-Building — Keys to Success », in S. REDPATH *et al.* (ed.), *Conflicts in Conservation: Navigating Towards Solutions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 250.

¹³² Propos recueillis par E. P. WEBER, « Explaining Institutional Change in Tough Cases of Collaboration: 'Ideas' in the Blackfoot Watershed », *Public Administration Review*, 2009, vol. 69, n° 2, p. 322.

¹³³ BCCA Council, *BCCA Management plan for the Core*, 2^e éd., Ovando, MT, 2017 juin, p. 26.

¹³⁴ BCCA Council, *BCCA Management plan for the Core*, 2^e éd., Ovando, MT, 2017 juin, p. 26. Appendix No. 1.

¹³⁵ Sur la difficulté du concept de nature, voy. B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes : essai d'anthropologie symétrique*. Paris, La Découverte, 1991, 211 p.

rôle essentiel, mais elles ne sont pas les seules à représenter la nature. L'USFWS présente l'intérêt fédéral en faveur des espèces en danger. L'*United States Forest Service* agit dans l'intérêt des forêts fédérales, avec aussi une fonction de valorisation de la ressource et le MT FWP a pour mission la protection des ressources naturelles de l'État. Les personnes privées présentent aussi un visage de la nature à protéger en lien avec les activités qu'elles réalisent (la chasse, la pêche ou l'élevage) et le style de la zone rurale qu'elles souhaitent préserver. De plus, les personnes ont des savoirs locaux concernant leurs milieux. De ce fait, dans le BC, il n'y a pas une définition descendante ou seulement scientifique de la nature. La nature protégée se construit avec les différentes voix appuyées sur les différents systèmes de savoirs, reflétant l'état de l'écosystème.

CONCLUSION

L'objectif de gouvernance éclairée de la biodiversité, promu par l'IPBES, est lié au cadre juridique, tant à l'échelle fédérale qu'à l'échelle locale. D'abord, les dispositions juridiques répondent à une image de « la réalité environnementale » et de ses causes, normalement construite par les savoirs scientifiques¹³⁶. Ensuite, le droit définit des critères et des procédures, ainsi que les données pertinentes pour la prise de décision. Ce faisant, il attribue à certains acteurs, au détriment d'autres, le pouvoir d'influencer les décisions. Ainsi, le recours du droit à certains systèmes de savoirs n'est pas neutre.

Aux États-Unis, l'ESA a donné la priorité aux savoirs provenant des sciences naturelles. Deux raisons semblent fonder ce choix. D'une part, une confiance dans les solutions technicoscientifiques aux problèmes liés à la conservation¹³⁷. D'autre part, la crainte que, sans cette priorité, les politiques de conservation ne prennent pas assez en compte les besoins des espèces. En pratique, même le classement d'espèces est une décision comportant une composante politique et il y a des choix qui ne devraient pas être occultés. Par ailleurs, lorsqu'il y a des conflits liés à la conservation¹³⁸, comme le cas des grands prédateurs, les contentieux conduisent souvent à la protection d'une population minimale des espèces. Le juge ne peut pas prendre en compte la complexité de ces conflits.

Dans ces cas, il est possible d'établir des structures de gouvernance collaborative à l'échelle locale, comme le BC. Sous certaines conditions, ces structures peuvent être des leviers pour l'effectivité de la protection de la biodiversité et

¹³⁶ É. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 732.

¹³⁷ J. PURDY, *After nature: a politics for the Anthropocene*, Harvard University Press, 2018, p. 211.

¹³⁸ S. REDPATH *et al.*, « An introduction to conservation conflicts », in S. REDPATH (ed.), *Conflicts in conservation: navigating towards solutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 4.

servir également d'instruments démocratiques ¹³⁹. Toutefois, ces structures ne fonctionnent pas en marge du droit, notamment en ce qui concerne les autorités publiques. La législation peut rendre plus facile la mise en place des structures de gouvernance collaborative, en autorisant, lorsque c'est nécessaire, la participation des autorités, en créant des incitations pour les constituer et en permettant aux agences spécialisées de prendre en compte d'autres systèmes de savoirs pour la prise de décisions de gestion locale.

Ces structures de gouvernance collaborative peuvent également devenir des espaces de dialogue entre tous les acteurs à l'échelle locale, des forums où les connaissances provenant de différents systèmes de savoirs peuvent être partagées, discutées et valorisées, réduisant ainsi l'écart de pouvoir entre les acteurs. Par ailleurs, l'inclusion de différents systèmes de savoirs constitue un pas vers une meilleure compréhension de nos interrelations au sein des écosystèmes et peut inspirer des changements juridiques à une échelle supérieure.

REMERCIEMENTS ET DÉCLARATION DE CONFLITS D'INTÉRÊTS.

Je remercie le *Blackfoot Challenge* pour son accueil et sa collaboration, ainsi qu'Élise Pic et Juan Gómez pour la relecture attentive d'une version antérieure de cet article.

¹³⁹ EP. WEBER, *Bringing Society Back in: Grassroots Ecosystem Management, Accountability, and Sustainable*, Cambridge, MIT Press, 2003, p. 194.



La semence, la séquence et l'esprit : penser la dématérialisation des plantes au prisme d'une approche cosmopolitique du droit et des savoirs

par Kahehtoktha Janice BRANT*,
Pierre WALCKIERS**
et Alex ALEXIS***

RÉSUMÉ

Cet article propose une analyse critique des types de savoirs mobilisés dans l'interprétation du droit international, en prenant comme point de départ le cas de la dématérialisation des semences et la question du statut juridique de l'information de séquences numériques (Digital Sequence Information). Mobilisant une méthodologie transdisciplinaire combinant analyse juridique, philosophie du droit et des sciences, observation des négociations internationales et écoute des savoirs autochtones, l'article met en lumière la manière dont les sciences occidentales sont principalement mobilisées pour interpréter de manière restrictive les instruments internationaux relatifs à l'accès et au partage des avantages des ressources génétiques, selon des découpages occidentaux physicalistes et naturalistes. Contre cette approche réductionniste, et en ouvrant quelques pistes pour repenser le droit et les savoirs de manière cosmopolitique, l'article soutient que les semences doivent être envisagées dans leurs dimensions matérielles et relationnelles. Cet argument trouve écho à la fois dans le droit international « classique » et dans l'approche autochtone du droit. D'une part, cette ouverture à d'autres systèmes de savoirs est justifiée par des outils juridiques tels la Décision 16/2 en lien avec la Convention sur la Diversité Biologique, ou la notion de « valeur potentielle » des ressources génétiques. D'autre part, elle s'appuie sur l'observation des relations aux semences développées au Sanctuaire des semences de Kenhte:ke, l'écoute des savoirs de Kahehtoktha, ainsi que sur les engagements inscrits dans la ceinture *wampum* « *Passing the Seeds* » tissée lors de la Cérémonie de rematriation des semences à Tyendinaga, territoire traditionnel de la nation Mohawk.

* Artiste, enseignante, historienne, jardinière, cuisinière et gardienne de semences mohawk de Tyendinaga, Kahehtoktha est cofondatrice du Kenhte:ke Seed Sanctuary and Learning Centre.

** Doctorant aspirant F.R.S.-FNRS au Centre de philosophie du droit de l'UCLouvain.

*** Doctorant à l'Université de Montréal et l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

ABSTRACT

The Seed, the Sequence, and the Spirit: Rethinking the Dematerialization of Plants through a Cosmopolitical Approach to Law and Knowledge

This article offers a critical analysis of the types of knowledge mobilized in the interpretation of international law, taking as its starting point the case of seed dematerialization and the legal status of Digital Sequence Information. Drawing on a transdisciplinary methodology combining legal analysis, philosophy of law and science, observation of international negotiations, and engagement with Indigenous knowledge, the article highlights how Western sciences are primarily mobilized to interpret international instruments on access to and benefit-sharing of genetic resource in a restrictive manner, according to Western physicalist and naturalist frameworks. Against this reductionist approach, and while opening some avenues for rethinking law and knowledge in a cosmopolitan perspective, the article argues that seeds should be considered in their material and relational dimensions. This argument resonates both within “classical” international law and within Indigenous approaches to law. On the one hand, this openness to other knowledge systems is supported by legal tools such as the Decision 16/2, in connection with the Convention on Biological Diversity, or the notion of the “potential value” of genetic resources. On the other hand, it draws on the observation of seed relations developed at the Kenhte:ke Seed Sanctuary, the knowledge of Kahehtoktha, and the commitments recorded in the wampum belt “Passing the Seeds,” woven during the Seed Rematriation Ceremony in Tyendinaga, the traditional territory of the Mohawk Nation.

INTRODUCTION

1. Dans les légendes des Haudenosaunee et d'autres Premières Nations, une Femme enceinte tomba du monde céleste. Pour atténuer sa chute, des oiseaux la prirent sur leur dos, et une tortue offrit sa carapace, sur laquelle la Femme du ciel déposa un peu de terre et quelques semences qu'elle avait emportées. Aidée par les animaux environnants, la Femme fit croître la terre et les plantes en dansant en cercle, et c'est ainsi qu'est née l'île de la Tortue, continent qui sera plus tard renommé Amérique¹. Dans ces récits, les semences ont une origine sacrée, venant du monde céleste. Elles ont participé à la création du monde terrestre, et la préservation des relations entre humains et semences est une manière de

¹ R.W. KIMMERER, *Braiding Sweetgrass indigenous wisdom, scientific knowledge and the teachings of plant*, Minneapolis, Milkweed Editions, 2015, p. 3.

communiquer avec les ancêtres, les plantes et animaux. On retrouve aussi ces dimensions holistiques et relationnelles dans la culture des Trois Sœurs, le maïs, les haricots et la courge, car ces plantes veillent l'une sur l'autre, mais aussi sur les humains ².

2. Pour plusieurs universitaires et activistes, les approches holistiques et relationnelles des semences, qui résonnent avec les récits de création autochtones, ne sont pas suffisamment protégées par les instruments juridiques nationaux et internationaux. Malgré quelques initiatives remarquables, bien que non contraignantes, telles que la Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones (UNDRIP) ³, la plupart des instruments de droit international privilégient une approche « ressourciste » et utilitariste des semences, menant à une dégradation des écosystèmes et des relations avec les non-humains ⁴. En effet, ces semences sont principalement abordées comme des « ressources génétiques » dans le droit international, réglementées par différents instruments y associant des droits de propriété intellectuelle, des règles sanitaires ou d'accès au marché, ou assurant leur utilisation durable, des règles organisant leur accès et le partage juste et équitable des avantages liés à leur utilisation ⁵.

3. Analysant plus en détail les mécanismes d'Accès et de Partage des Avantages (APA), ceux-ci ont été introduits par la Convention sur la diversité biologique (CDB) de 1992 ⁶, et ont été détaillés en 2010 dans le Protocole de Nagoya ⁷. Applicables à toutes les ressources génétiques, ces instruments reconnaissent la souveraineté des États sur leurs ressources et instituent un système bilatéral où l'accès aux ressources est négocié, soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC) de l'État fournisseur et/ou des communautés autochtones ou locales, et selon des conditions convenues d'un commun accord

² R.W. KIMMERER, *Braiding Sweetgrass indigenous wisdom, scientific knowledge and the teachings of plant*, Minneapolis, Milkweed Editions, 2015, p. 128.

³ Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples, Résolution du 13 septembre 2007, A/RES/61/295. Voy. égal. la Déclaration des Nations unies sur le droit des paysannes ; F. GIRARD, « UNDROP and the Right to Seeds », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2024, vol. 32, pp. 344-408 ; J. BORROWS *et al.*, *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Waterloo, Canada, The Centre for International Governance Innovation, 2019.

⁴ F. GIRARD, « Semences et agrobiodiversité : pour une lecture ontologique des bio-communs locaux », *Développement durable et territoires*, avril 2019, vol. 10, n° 1 ; C. FRISON, *Redesigning the Global Seed Commons*, Londres, Routledge, 2018.

⁵ K. RAUSTIALA et D.G. VICTOR, « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *International Organization*, 2004, vol. 58, n° 2, pp. 277-309.

⁶ Convention sur la diversité biologique (CDB), adoptée le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, entrée en vigueur le 29 décembre 1993 [Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, I-30619].

⁷ Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, adopté le 29 octobre 2010 à Nagoya, entré en vigueur le 12 octobre 2014 [Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 3008, I-30619].

(CCCA) pour le partage des avantages⁸. D'autres instruments spécifiques d'APA coexistent, dédiés aux virus de la grippe et aux ressources génétiques pathogènes, aux ressources génétiques marines ainsi qu'aux semences⁹. Ces dernières sont gouvernées par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA). Adopté en 2001, ce traité établit un système multilatéral destiné à mettre en commun les « ressources phytogénétiques », afin de faciliter leur accès et le partage des avantages¹⁰. Ce système concerne 64 espèces listées à l'annexe 1 du traité et est opérationnalisé par un contrat-type de transfert de matériel¹¹.

4. Tandis que les différents instruments d'APA sont critiqués pour leurs dynamiques de marchandisation de la nature ou pour leur inaptitude à répondre aux promesses d'équité dans le partage des bénéfices¹², ils ont été récemment traversés par des questions techniques, juridiques, politiques et, disons-le, ontologiques avec le phénomène de dématérialisation des ressources génétiques¹³. En fait, avec les progrès de la biologie moléculaire, de la bio-informatique et du séquençage génétique à haute intensité, les recherches et le développement scientifique et industriel reposent de plus en plus sur les données génétiques et autres informations associées (concernant les séquences d'ADN et ARN, protéines, métabolites)¹⁴. Contrairement aux ressources génétiques « physiques », ces données sont, de fait, disponibles en libre accès dans de grandes bases de données internationales, permettant pragmatiquement de contourner les obligations d'APA¹⁵.

5. Depuis une dizaine d'années, l'agenda de la CDB intègre formellement ces données sous le vocable d'« informations de séquençage numérique » (*Digital*

⁸ M.A. BAGLEY, « “Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, pp. 1-62.

⁹ S. OBERTHÜR et J. POŻAROWSKA, « Managing Institutional Complexity and Fragmentation: The Nagoya Protocol and the Global Governance of Genetic Resources », *Global Environmental Politics*, août 2013, vol. 13, n° 3, pp. 100-118 ; P. WALCKIERS, C. FRISON et S. AUBRY, « A roadmap to equity in pandemic preparedness, prevention and response », *Journal of Global Health*, 2024, vol. 14, p. 03031.

¹⁰ Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA), adopté le 3 novembre 2001 à Rome et entré en vigueur le 29 juin 2004 [Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 2400, I-43345].

¹¹ Ces dispositifs ont d'ailleurs été discutés en vue de leur révision ; M.W. TVEDT, « Proposed changes in the standard material transfer agreement – Making it work as a contract, and future pitfalls », *The Journal of World Intellectual Property*, 2025, pp. 4-19.

¹² E. TSIOUMANI, « Beyond access and benefit-sharing: Lessons from the law and governance of agricultural biodiversity », *The Journal of World Intellectual Property*, 2018, vol. 21, n° 3-4, pp. 106-122.

¹³ A. ALEXIS, « Les controverses sur le séquençage numérique des ressources génétiques à la Convention sur la diversité biologique. Regards pragmatiques sur le droit international en train de se faire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2023, n° 17, p. 37.

¹⁴ S. AUBRY et al., « Bringing access and benefit sharing into the digital age », *Plants, people, planet*, 2022, vol. 4, n° 1, pp. 5-12.

¹⁵ A.-R. HAMPTON, « Pathogen dematerialization and the ABS loophole », *Journal of Law and the Biosciences*, 2023, vol. 10, n° 1, pp. 1-20.

Sequence Information — DSI)¹⁶. Cette question suscite de vives controverses, visibles tant dans les désaccords entre États que parmi les parties prenantes, comme en témoignent les conflits opposant une grande partie de la communauté scientifique, qui plaide pour le maintien des DSI en libre accès, et certains États ainsi que des communautés autochtones, préoccupés par l'appropriation illicite des ressources génétiques¹⁷. En effet, les communautés autochtones et paysannes, historiquement marginalisées dans la construction du droit international, dénoncent des actes de biopiraterie numérique : les informations génétiques sont séquencées, publiées, commercialisées et privatisées sans le consentement de ces communautés ou des pays d'origine des ressources génétiques physiques¹⁸. En outre, ces DSI pourront être utilisées pour la recherche et le développement afin d'« améliorer » ces variétés et d'y appliquer des droits de propriété intellectuelle, ce qui soulève des craintes quant à une appropriation des semences locales ou à une restriction de leur accès¹⁹. S'ajoute à cela le fait que toutes les dimensions sociales, relationnelles et spirituelles des semences s'effacent dans ce processus de dématérialisation²⁰.

6. Sur le plan juridique, une question centrale consiste à déterminer si les définitions de « ressource génétique » et de « matériel génétique » doivent se limiter aux ressources « physiques » ou, au contraire, s'interpréter de manière holistique afin d'inclure à la fois les ressources génétiques matérielles et leurs dimensions immatérielles. Ces problématiques juridiques ont également été influencées par des appels aux connaissances scientifiques, tant pour définir les DSI que, de manière plus informelle, pour orienter l'interprétation du droit international²¹. Malgré l'appel épistocratique aux sciences²², des questions politiques et ontologiques relatives aux DSI persistent dans ces négociations. D'une part, bien que les décisions prises par

¹⁶ S. AUBRY, P. WALCKIERS et C. FRISON, « Keep talking while everything gets sequenced: Is global governance of Genetic Resources keeping pace with digitization? », *Journal of Global Health Law*, 2026, à paraître.

¹⁷ A. VAN BUITENEN, A. TIMMERMANS et G. BREEMAN, « Revealing private interests of non-state actor coalitions in negotiating access and benefit sharing », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2025, p. 13.

¹⁸ R. NEHRING, « Digitising biopiracy? The global governance of plant genetic resources in the age of digital sequencing information », *Third World Quarterly*, 2022, vol. 43, n° 8, pp. 1970-1987.

¹⁹ M.A. BAGLEY, « “Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, p. 31.

²⁰ R. AJATES, « From land enclosures to lab enclosures: digital sequence information, cultivated biodiversity and the movement for open-source seed systems », *The Journal of Peasant Studies*, 2023, vol. 50, n° 3, pp. 1056-1084.

²¹ A. ALEXIS, « Les controverses sur le séquençage numérique des ressources génétiques à la Convention sur la diversité biologique. Regards pragmatiques sur le droit international en train de se faire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2023, n° 17 ; P. WALCKIERS, « Ignorance et argument scientifique, le cas de la dématérialisation des ressources (phyto)génétiques », *Cahiers Droit, Sciences, & Technologies*, 2025, vol. 19, pp. 125-136.

²² A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ? La tentation de l'épistocratie*, Paris, Dalloz, 2024.

la Conférence des Parties (CdP) de la CDB se soient orientées vers un dispositif multilatéral assorti d'un fonds de partage des avantages liés à l'utilisation des DSI (le fonds « Cali »), la décision 16/2 témoigne de la persistance de ces dimensions ontologiques, notamment à travers le passage affirmant que, « selon certaines visions du monde, toutes les informations génétiques naturelles appartiennent à la Terre nourricière »²³. D'autre part, la récente réunion de l'Organe directeur du TIRPAA, tenue en novembre 2025, s'est caractérisée par un retour des discussions sur l'inclusion ou non des DSI, ce qui explique en partie l'absence de consensus entre les Parties sur un ensemble de mesures pour réviser le système multilatéral²⁴.

7. S'inscrivant dans le prolongement des réflexions développées dans ce numéro, cet article se saisit du contexte des DSI et interroge les formes de savoirs scientifiques mobilisées par les États, l'industrie et les communautés scientifiques dans l'interprétation de la CDB et du TIRPAA. En ce sens, il examine les présupposés ontologiques de ces sciences et leur influence sur l'interprétation du droit, et explore les ouvertures interprétatives possibles du droit international face à la diversité des savoirs. Dans cette perspective, l'article dénonce les usages stratégiques d'arguments scientifiques pour interpréter le droit ou orienter les choix politiques, lesquels, sous couvert d'universalisme ou de vérité externe, tendent à imposer une « monoculture de l'esprit »²⁵ issue des « sciences modernes » (suivant les traditions positivistes occidentales) et à prolonger une vision du monde spécifique ainsi que des séparations entre nature et culture, matériel et immatériel²⁶. À l'inverse, bien que ces instruments juridiques recourent à divers mécanismes visant à protéger les sciences vernaculaires comme des « savoirs traditionnels »²⁷, ces voix demeurent

²³ Décision 16/2 « Information de séquençage numérique sur les ressources génétiques », adoptée par CoP le 1^{er} novembre 2024, CDB/COP/DEC/16/2.

²⁴ E. TSIUMANI *et al.*, « Summary of the Eleventh Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: 24-29 november 2025 », *Earth Negotiations Bulletin*, IISD, décembre 2025, vol. 9, n° 880, pp. 1-13

²⁵ V. SHIVA, *Monocultures of the Mind: Perspectives on Biodiversity and Biotechnology*, Atlantic Highlands, Zed Books, 1993, p. 9.

²⁶ Par « sciences modernes », nous désignons ici une épistémologie ayant l'ambition d'un détachement et d'une objectivation du monde, se voulant affranchie de tout jugement de valeur, et opérant par une série de ruptures et de disqualifications de tout ce qui n'est pas rationnel, mesurable ou quantifiable. Cela étant, rappelons que les sciences jouent un rôle essentiel dans l'orientation des politiques et du droit, en particulier dans un contexte marqué par la montée du populisme et des discours anti-science. Cette utilité ne doit toutefois pas occulter la valeur des autres formes de savoirs, trop souvent marginalisées par des sciences et un droit occidentaux se prétendant universels, au risque de reproduire des injustices épistémiques, notamment à l'égard des peuples autochtones ; I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, Paris, Flammarion, 2013, p. 34 ; I. STENGERS, *Cosmopolitiques*, Paris, Empêcheurs de penser rond, 2022, p. 49.

²⁷ Les instruments d'APA intègrent l'objectif de conservation des savoirs traditionnels à l'article 8(j) de la CDB (dont l'accès est soumis au CPCC et aux CCCA) et à l'article 9 du TIRPAA. Néanmoins, comparativement aux droits internationaux de propriété intellectuelle, les savoirs traditionnels bénéficient d'une protection « passive », visant principalement à éviter l'octroi illégitime de brevets fondés sur leur spoliation ; A. ALEXIS, « Tracer et valoriser les ressources et savoirs autochtones à l'ère numérique : métadonnées, données ouvertes, propriété intellectuelle », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2023, vol. 35, n° 3, p. 686.

insuffisamment prises en compte dans l'interprétation de la valeur et de l'ontologie des ressources génétiques²⁸.

8. Cet article adopte une méthodologie transdisciplinaire²⁹, associant l'observation *in situ* des négociations à la CDB et au TIRPAA sur les ressources génétiques dématérialisées, l'analyse documentaire des positions écrites des parties prenantes, ainsi que l'écoute et le relais de témoignages de personnes autochtones impliqué·es dans les secteurs semencier et agricole. Cette démarche se justifie également par la nécessité de rendre compte des limites inhérentes à notre propre positionnalité dans la production et l'interprétation des savoirs³⁰. Sur le plan théorique, l'approche adoptée articule donc la technique du droit avec la philosophie du droit et des sciences, en s'inspirant du « tournant ontologique »³¹ et du pluri-multivers³² de la cosmopolitique,³³ et des approches autochtones³⁴,

²⁸ C. OGUAMANAM, « Indigenous peoples rights in equitable benefit-sharing over genetic resources: digital sequence information (DSI) and a new technological landscape », in D. NEWMAN (dir.), *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 354-375.

²⁹ Sur le principe, l'approche transdisciplinaire va « plus loin » que l'interdisciplinaire, impliquant de travailler en collaboration avec les acteur·ices de terrain pour construire des savoirs adaptés aux phénomènes complexes. Elle n'est cependant pas suffisante en elle-même, et cette approche transdisciplinaire doit aussi s'inscrire dans des démarches décoloniales, éthiques et non extractives ; V. BOELEN, « La transdisciplinarité comme voie de décolonisation du savoir et de la pensée », *Enjeux et société*, avril 2023, vol. 10, n° 1, p. 222 ; S. WILSON, « What is an Indigenous Research Methodology », *Canadian Journal of Native Education*, 2001, vol. 25, n° 2, p. 177.

³⁰ Contre les prétentions à une science objective conçue comme une « vue de nulle part », il s'agit de situer notre réflexion en lien avec notre position sociale, historique, partielle et incarnée, et d'examiner comment ces expériences influencent ou limitent notre manière de produire du savoir. Alex est afrodescendant issu d'une famille paysanne et a hérité d'une éducation « en tension », à cheval entre savoirs occidentalocentrés et savoirs qualifiés de « locaux ». Kahehtoktha est née d'un père Kanyen'keha'ka (Mohawk) et d'une mère d'origine européenne ayant obtenu le statut d'Indien au Canada par mariage. Kahehtoktha a grandi dans une réserve indienne fédérale et fréquenté une école pour Autochtones. Placée sous l'autorité de la législation de la Loi sur les Indiens, Kahehtoktha est immergée dans les enseignements et pratiques Haudenosaunee, au sein d'un mode de vie communautaire fondé sur l'agriculture et la pêche. « Dans chaque territoire des nations se trouve la Ceinture *wampum* à Deux Voies (*Two Row Wampum*) : le navire et le canot ». Pierre est un homme blanc, issu d'une famille catholique et d'un milieu socioéconomique favorisé, où les cadres philosophiques occidentaux ainsi que leurs perspectives épistémologiques et ontologiques sont dominants et présentés comme universels. Venant de différents horizons et positions, ces démarches de collaboration, d'échange de perspectives et de remise en question nous ont permis d'identifier quelques « angles morts » de nos compréhensions du monde, ainsi que des savoirs que nous produisons.

³¹ M. BLASER, « Ontological Conflicts and the Stories of Peoples in Spite of Europe: Toward a Conversation on Political Ontology », *Current Anthropology*, 2013, vol. 54, pp. 547-568.

³² A. ESCOBAR, *Pluriversal Politics: The Real and the Possible*, Durham, Duke University Press, 2020.

³³ I. STENGERS, *Cosmopolitiques*, Paris, Empêcheurs de penser rond, 2022 ; M. DE LA CADENA et M. BLASER (eds), *A World of Many Worlds*, Durham, Duke University Press, 2018 ; B. LATOUR, *Politiques de la nature*, Paris, La Découverte, 2004.

³⁴ A. MILLS, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, 2016, vol. 61, n° 4, pp. 847-884.

post-humaine et relationnelle³⁵. Trois affirmations interdépendantes sont souvent reprises à travers ces cadres théoriques : (i) les réalités sont mises en œuvre à travers des pratiques (ii) comme les pratiques varient, elles donnent lieu à des réalités multiples ; et (iii) ces réalités ne sont pas isolées, mais s'entrecroisent et s'entremêlent, donnant lieu à la multiplicité ontologique³⁶. Posant ces réalités multiples, ces cadres théoriques proposent, chacun à leur manière, une critique du droit international, qui, bien qu'il soit présenté comme universel, demeure en réalité marqué par l'hégémonie du langage occidental, un humanisme néolibéral et la disqualification des savoirs autres que ceux de la science moderne. En ce sens, le droit international classique performe les représentations du monde occidentales modernes, comme les découpages entre nature et culture, entre objet et sujet, entre matériel et immatériel.

9. À partir de trois explorations conjointes, cet article analysera les débats sur les DSI et leurs enjeux onto-épistémologiques. La première partie cartographie le rôle informel et rhétorique des sciences occidentales dans l'exercice d'interprétation du droit international³⁷. Nous verrons que si les méthodes d'interprétation en droit international reposent sur des moyens de droit, l'argument scientifique avait été mobilisé de diverses façons pour stabiliser l'ontologie des DSI ou fixer la limite et la valeur d'une « ressource génétique ». L'article montre que ce sont principalement les sciences occidentales qui sont mobilisées pour l'interprétation du droit international et des DSI, reléguant à la périphérie les sciences autochtones sur la base de critères pour le moins discutables. Ces sciences occidentales sont également instrumentalisées par certains États pour soutenir leur lecture restrictive des définitions de la CDB et du TIRPAA, qui sépare les ressources génétiques « physiques » de leurs éléments immatériels. Plus précisément, suivant la littérature qui défend une interprétation holistique de ces instruments³⁸, nous critiquons la manière dont les discours scientifiques sont instrumentalisés pour imposer des « découpages ontologiques » à la fois

³⁵ M. ARVIDSSON et E. JONES, *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon, Routledge, 2024.

³⁶ Nous devons cette synthèse à J. LAW et S. JOKS, « Indigeneity, Science, and Difference: Notes on the Politics of How », *Science, Technology, & Human Values*, 2019, vol. 44, n° 3, p. 425.

³⁷ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international : Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

³⁸ A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, pp. 381-432 ; C. FRISON, *Redesigning the Global Seed Commons*, Londres, Routledge, 2018, p. 83 ; M. TVEDT et P. SCHEI, « The Term "Genetic Resources": Flexible and Dynamic while Providing Legal Certainty? », in S. OBERTHÜR et G.K. ROSENDAL (dir.), *Global Governance of Genetic Resources (Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol)*, Londres, Routledge, 2014, p. 19 ; P. WALCKIERS, C. FRISON et S. AUBRY, « Genetic Resources as (im)material. Interpreting the International Treaty on Plant Genetic Resources form a Legal and Posthuman perspective », *European Journal of International Law*, à paraître ; Décrivant les positions des parties : M.A. BAGLEY, « "Just" Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information

physicalistes (qui séparent les plantes physiques de leurs éléments immatériels) et naturalistes (séparant les plantes et les DSI de leurs dimensions culturelles et spirituelles).

10. Contre ces découpages ontologiques, cet article défend également une approche holistique et relationnelle des semences, en mettant en lumière l'interconnexion des dimensions matérielles, immatérielles et spirituelles. Cette démarche s'inscrit dans une approche de « tressage » entre différents systèmes de savoirs et de respect des multiples ontologies³⁹. Elle implique de décentrer une lecture strictement scientifique (au sens des sciences occidentales, physicalistes et généticiennes) et de commencer par un « savoir-écouter »⁴⁰. C'est pourquoi cette partie propose de repenser nos relations aux semences à partir des perspectives de Kahehtoktha Janice Brant, cofondatrice du *Kenhte:ke Seed Sanctuary and Learning Center* (le Sanctuaire), une initiative visant à préserver les semences traditionnelles selon un principe de responsabilités intergénérationnelles.

I. PERSPECTIVES ONTOLOGIQUES ET JURIDIQUES SUR LA DÉMATÉRIALISATION DES RESSOURCES GÉNÉTIQUES

11. Comme déjà évoqué, les DSI sont devenus un point majeur de conflits au sein des différents instruments relatif à l'APA, entraînant encore récemment un blocage de tout accord lors de la dernière réunion de l'Organe directeur du TIR-PAA⁴¹. En effet, les DSI reflètent des controverses ontologiques quant à l'étendue du concept de ressources génétiques et, d'un point de vue juridique, soulèvent la question de savoir si les définitions de « ressources génétiques » et de « matériel génétique » doivent inclure leurs dimensions intangibles. Dans leurs textes, assez similaires, les ressources génétiques sont comprises par la CDB et le TIRPAA comme « le matériel génétique [d'origine végétale] ayant une valeur effective ou potentielle [pour l'alimentation et l'agriculture] »⁴². Le matériel génétique, quant

Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, pp. 29-43 ; *Contra* : T.M. SPRANGER, « Expert opinion on the applicability of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol to digital sequence information », 2017.

³⁹ R.W. KIMMERER, *Braiding Sweetgrass indigenous wisdom, scientific knowledge and the teachings of plant*, Minneapolis, Minn, Milkweed Editions, 2015 ; G. SNIVELY et L.W. WILLIAMS, *Knowing Home: Braiding Indigenous Science with Western Science*, Victoria, 2018.

⁴⁰ A. MORENO CELY *et al.*, « Breaking monologues in collaborative research: bridging knowledge systems through a listening-based dialogue of wisdom approach », *Sustainability Science*, 2021, vol. 16, pp. 919-931.

⁴¹ E. TSILOUMANI *et al.*, « Summary of the Eleventh Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: 24-29 november 2025 », *Earth Negotiations Bulletin*, IISD, 2025, vol. 9, n° 880, p. 11.

⁴² CDB, art. 2, et entre les crochets les spécificités définitionnelles du TIRPAA, art. 2.

à lui, est défini par la CDB comme « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité »⁴³.

12. Suivant la technique juridique, l'interprétation de ces termes doit se fonder sur les principes généraux du droit international⁴⁴, et plus particulièrement sur les méthodes codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, et précisées par la doctrine et la jurisprudence⁴⁵. Trois méthodes complémentaires d'interprétation sont énoncées à l'article 33 de la Convention de Vienne : l'interprétation selon le sens ordinaire des termes, dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but du traité⁴⁶. Mobilisant conjointement ces méthodes et en nous appuyant sur les interprétations déjà avancées⁴⁷, nous avons défendu ailleurs une interprétation inclusive des DSI dans les définitions de « matériel génétique », entendu ici comme « matériel » au sens de substantif (pouvant être remplacé par « support ») contenant les unités fonctionnelles de l'hérédité. En tant que « matériel génétique », les DSI sont ainsi intégrés aux définitions de ressources génétiques, puisqu'ils ont une « valeur effective ou potentielle ». Nous référons à ces travaux pour plus de détails sur cette interprétation⁴⁸, ou d'autres pour aborder les conséquences pratiques d'une telle inclusion⁴⁹, tandis que nous

⁴³ CDB, art. 2. Le TIRPAA définit à son art. 2 le matériel génétique comme « le matériel d'origine végétale, y compris le matériel de reproduction et de multiplication végétative, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité ».

⁴⁴ Par ex., le respect de la volonté des États, et le principe d'égalité entre États, l'effet utile d'une disposition d'un traité, etc. ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international : Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 134.

⁴⁵ R.K. GARDINER, *Treaty interpretation*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2015 ; O. CORTEN et al., *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; A. BIANCHI et F. ZARBIYEV, *Demystifying Treaty Interpretation*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

⁴⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980 [Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 33123].

⁴⁷ Voy. *supra*, note 38.

⁴⁸ P. WALCKIERS, C. FRISON et S. AUBRY, « Genetic Resources as (im)material. Interpreting the International Treaty on Plant Genetic Resources from a Legal and Posthuman perspective », *European Journal of International Law*, à paraître.

⁴⁹ Cette interprétation inclusive entraîne des implications concrètes. Par exemple, elle subordonne l'accès et le séquençage des DSI au consentement des États et implique un partage des avantages qui en découlent. Elle étend en outre aux DSI les mécanismes de protection contre l'appropriation des ressources génétiques (TIRPAA, art. 12.3(d)). Des questions persistent toutefois, notamment quant à la compatibilité entre la logique de l'APA, fondée sur des modèles de commercialisation, et les dimensions immatérielles des semences (culturelles, spirituelles). Enfin, consciente des limites du modèle bilatéral de la CDB pour les DSI, la littérature propose des approches multilatérales, ou d'autres inspirées de la théorie des communs. ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2 ; M. LEMAIRE, *Les ressources génétiques en droit international. Contribution à l'étude du régime d'accès et de partage des avantages*, Thèse de Doctorat, Université d'Artois, 2025 ; C.J. CARLSON et al., « The LISTEN principles for genetic sequence data governance and database engineering », *Nature Genetics*, 2025, vol. 57, n° 9, pp. 2099-2105.

examinons ici plus particulièrement la manière dont les discours scientifiques ont été mobilisés pour orienter l'interprétation des instruments d'APA.

13. Dans ces conflits d'interprétation, certains éléments précis des définitions ont servi de points d'ancrage aux arguments scientifiques. L'exemple le plus évident concerne le terme « matériel », que certains États ont mobilisé pour renvoyer au tangible, en s'appuyant sur des références générales aux sciences afin de défendre une interprétation physicaliste. Cet argument est toutefois contestable, dans la mesure où il repose sur un découpage cartésien entre le tangible et l'intangible, repris et renforcé par les sciences occidentales. L'analyse des arguments scientifiques dans ces débats permet également d'observer quels systèmes de savoirs sont privilégiés et considérés comme légitimes dans ces exercices d'interprétation. À cette fin, la section suivante analysera d'abord la manière dont les sciences occidentales ont été mobilisées pour cadrer ontologiquement les débats sur les DSI (A), puis la façon dont elles ont été reprises pour influencer les discussions juridiques relatives à l'interprétation des notions de « matériel », des « unités fonctionnelles de l'hérédité » du matériel génétique et de la « valeur effective ou potentielle » des ressources génétiques (B).

A. Délimiter les DSI par les sciences

14. En guise de remarque préliminaire, on retrouve dans la philosophie du droit, la doctrine et la jurisprudence des références à une frontière entre la connaissance scientifique et l'interprétation juridique, les présentant comme des modes de vérification distincts, le droit appartenant à un « autre monde »⁵⁰. En ce sens, malgré les appels à ce que l'élaboration des politiques et des lois⁵¹, le processus décisionnel⁵², le raisonnement juridique ou la jurisprudence soient fondés sur la science ou les preuves⁵³, il n'existe pas de régime épistocratique au sens formel du terme. Cependant, ce n'est pas parce que les sciences sont reconnues comme extérieures au droit qu'elles n'exercent pas de pressions informelles ou qu'elles

⁵⁰ B. LATOUR, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004, p. 249 ; S. JASANOFF et O. LECLERC, *Le droit et la science en action*, Paris, Dalloz, 2013 ; M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 1999, n° 7, pp. 17-37.

⁵¹ D.-T. AVGERINOPOULOU, *Science-Based Lawmaking: How to Effectively Integrate Science in International Environmental Law*, Cham, Springer, 2019 ; S.J. KEALY et A. FORNEY, « The Reliability of Evidence in Evidence-Based Legislation », *European Journal of Law Reform*, 2018, vol. 20, p. 40 ; A. TROFIMOV, « Why evidence-based law? On the need to combine evidence with values to justify laws », *The Theory and Practice of Legislation*, 2025, pp. 1-23 ; N. CARTWRIGHT et J. HARDIE, *Evidence-based policy: a practical guide to doing it better*, New York, Oxford University Press, 2012.

⁵² S.J. COOKE *et al.*, « Environmental evidence in action: on the science and practice of evidence synthesis and evidence-based decision-making », *Environmental Evidence*, 2023, vol. 12, n° 1, p. 10.

⁵³ D. SMITH, « Close the gate! A daubert argument for excluding industry-funded "science" », *Drake Law Review*, 2024, vol. 71, pp. 45-64 ; R. VAN GESTEL et J. DE POORTER, « Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality », *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, vol. 4, n° 2, pp. 155-185.

ne cadrent pas les arrière-mondes ontologiques sur lesquels les raisonnements juridiques se construisent ⁵⁴.

15. En effet, on observe une persistance du recours à l'argument scientifique, mobilisé de manière indirecte dans le cadre de l'interprétation en droit international, bien que celui-ci ne figure pas formellement parmi les méthodes d'interprétation prévues par la Convention de Vienne. À titre de premier exemple, l'argument scientifique peut être mobilisé pour éclairer le sens ordinaire d'un terme en recourant aux dictionnaires (généralistes, juridiques ou scientifiques). En l'occurrence, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili c. Sedudu*, la Cour internationale de Justice avait pris en compte des définitions issues de dictionnaires scientifiques, en sus de celle du tribunal arbitral, pour déterminer le sens du terme « chenal principal » d'une rivière ⁵⁵. De même, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, la Cour avait également relevé les divergences entre les définitions du terme « recherche scientifique » avancées par les parties. Cependant, elle avait finalement pris ses distances vis-à-vis des différentes définitions proposées, distinguant les conclusions formulées en tant que scientifiques d'une part, et l'interprétation du droit d'autre part, tâche qui incombe à la Cour ⁵⁶. Enfin, l'argument scientifique peut également réapparaître par le biais de références au principe de précaution, lorsque celui-ci est pertinent pour la méthode contextuelle d'interprétation, comme l'a remarqué la juge Charlesworth dans son opinion séparée sur cette même affaire ⁵⁷. Pour un dernier exemple, combinant les méthodes textuelle et téléologique, la Cour a estimé que, dans le cas de traités de longue durée, l'emploi d'un terme générique traduit la volonté présumée des États de laisser ce terme évoluer avec le temps, en fonction des progrès sociaux, techniques et scientifiques, ce qui implique, de fait, une prise en compte des arguments scientifiques ⁵⁸.

⁵⁴ Sur les antécédents métaphysiques dans l'interprétation des traités : J. BORROWS, *Law's Indigenous Ethics*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, chap. 2 ; P. WALCKIERS, « La science et l'ontologie dualiste en droit : le droit naturel et le positivisme juridique face à l'argument épistocratique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2024, vol. 94, p. 27.

⁵⁵ *Ile de Kasikilili c. Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, *C.I. J. Recueil 1999*, p. 1045, § 27 ; S.-I. LEKKAS, P. MERKOURIS et D. PEAT, « The Interpretative Practice of the International Court of Justice », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, décembre 2023, vol. 26, n° 1, p. 326.

⁵⁶ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, §§ 73-86, spéc. 82 ; S.-I. LEKKAS, P. MERKOURIS et D. PEAT, « The Interpretative Practice of the International Court of Justice », *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 2023, vol. 26, n° 1, p. 326.

⁵⁷ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014* (opinion individuelle de Mme la juge ad hoc Charlesworth) ; D. PEAT, « The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice », *British Yearbook of International Law*, 2014, vol. 84, n° 1, p. 286.

⁵⁸ A. CHANAKI, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, 2013, p. 233 ; M. TVEDT et P. SCHEI, « The Term "Genetic Resources": Flexible and Dynamic while Providing Legal Certainty? », in S. OBERTHÜR et G.K. ROSENDAL (dir.), *Global Governance of Genetic Resources (Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol)*, Londres, Routledge, 2014, p. 27.

16. Pour revenir aux débats concernant les DSI, étant donné la technicité de ces données génétiques et leur importance dans les pratiques scientifiques contemporaines, le recours aux sciences occidentales a été central. En effet, lors de la 13^e CdP, les négociations au sein de la CDB ont conduit à l'établissement par les Parties d'un Groupe d'experts techniques ad hoc sur les DSI, et la commission d'une étude de 2018⁵⁹. Cette étude avait pour but de clarifier la terminologie et les concepts relatifs aux DSI, ainsi que d'évaluer leur étendue et leurs conditions d'utilisation sur les ressources génétiques dans le cadre de la CDB et du Protocole de Nagoya⁶⁰. Ce processus épistocratique — selon lequel les choix politiques et de valeur peuvent se fonder sur des faits externes et objectifs — a été renouvelé lors de la 14^e CdP avec la commande de plusieurs études « fondées sur la science » et « évaluées par des pairs »⁶¹. Ces études portaient respectivement sur : le concept des DSI, les terminologies pertinentes et la portée en termes d'informations couvertes (étude n° 1) ; les bases de données contenant des DSI et les mécanismes de traçabilité pour la mise en œuvre des systèmes d'APA dans le cadre des usages commerciaux et non commerciaux des DSI (regroupant les études n° 2 et 3) ; les mesures nationales d'APA adoptées pour encadrer les DSI (étude n° 4)⁶².

17. Les études de 2018 et de 2020 (n° 1) ont chacune abordé la terminologie des DSI ainsi que les terminologies concurrentes, dont les différences reflètent les types d'éléments couverts. S'agissant des termes, les études ont relevé que l'expression *Genetic Sequence Data* (GSD) est plus couramment utilisée par la

⁵⁹ S. LAIRD et R. WYNBERG, « A Fact Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources in the Context of the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol », *CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3*, 2018 ; Notons que des études ont aussi été proposées à la FAO par la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture : J. HEINEMANN, D. CORAY et D. THALER, *Exploratory Fact-Finding Scoping Study on « Digital Sequence Information » on Genetic Resources for Food and Agriculture*, Rome, FAO [CGRFA], 2018 ; M.A. BAGLEY, « “Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, p. 23.

⁶⁰ S. LAIRD et R. WYNBERG, « A Fact Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources in the Context of the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol », *CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3*, 2018.

⁶¹ Les parties ont déterminés la composition du Groupe d'experts techniques (comptant au minimum cinq personnes nommées par chacune des cinq régions), incluant également la participation des peuples autochtones et des communautés locales. Les processus de nomination sont détaillés dans le rapport du Groupe d'experts, ce qui n'est pas le cas pour le choix des autrices et auteurs des études ; Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc sur les DSI, *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/7* ; A. ALEXIS, « Les controverses sur le séquençage numérique des ressources génétiques à la Convention sur la diversité biologique. Regards pragmatiques sur le droit international en train de se faire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2023, n° 17 ; M.A. BAGLEY, « “Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, p. 24.

⁶² Décision 14/2 « Information de séquençage numérique sur les ressources génétiques », adopté par la CdP le 30 novembre 2018, CDB/COP/DEC/14/20 ; M.A. BAGLEY, « “Just” Sharing: The Virtues of Digital Sequence Information Benefit-Sharing for the Common Good », *Harvard International Law Journal*, 2022, vol. 63, p. 25.

communauté scientifique⁶³. Les GSD renvoient cependant à un périmètre plus restreint de données couvertes, ce qui explique en partie pourquoi certains États promeuvent cette terminologie, tandis que d'autres se réfèrent à des terminologies alternatives, également utilisées dans les milieux scientifiques, telles que les « informations naturelles », cherchant ainsi à élargir le champ couvert ou à établir un lien plus direct avec les ressources génétiques⁶⁴. En ce qui concerne les éléments couverts par le terme DSI, l'étude n° 1 de 2020 de la CDB a regroupé les DSI en quatre catégories de plus en plus inclusives, sur la base d'un critère de « proximité » : couvrant d'abord les données relatives à l'ADN et à l'ARN, ensuite les protéines, puis les métabolites, et enfin les informations contextuelles, incluant les savoirs traditionnels.

18. Ce critère de proximité repose sur l'idée que certaines données, telles que l'ADN et l'ARN, seraient « plus proches » des ressources génétiques concernées que les informations environnementales ou les savoirs traditionnels, ces derniers étant considérés comme « trop éloignés » pour être inclus dans la définition des DSI, dans les mécanismes de traçabilité et dans le champ d'application de l'APA⁶⁵. C'est sur la base de ce critère discutable de proximité, proposé par l'étude n° 1, ainsi que sur l'étude de 2018 qui avait également écarté les savoirs traditionnels des contours conceptuels des DSI, que le rapport du Groupe d'experts a finalement exclu les savoirs traditionnels de la définition des DSI⁶⁶. Observant ces discussions, Oguamanam dénonce la manière dont l'utilisation des sciences occidentales, ancrées dans une lecture cartésienne, a relégué les savoirs traditionnels et les sciences autochtones à la périphérie⁶⁷. Ce critère de proximité reflète de manière problématique une ontologie généticienne des semences, déconnectée de leur historicité et de leur agentivité, alors que ces ressources étaient, avant tout processus de séquençage, extraites de régions précises et intégrées dans des savoirs « en proximité » avec les communautés locales ou autochtones⁶⁸.

⁶³ Les GSD désignent l'ordre des nucléotides dans une molécule d'ADN ou de ARN. Ils ont été déjà repris dans un instrument d'APA dédié à la préparation à la grippe pandémique ; Cadre PIP, art. 4.1 et 4.2.

⁶⁴ P. WALCKIERS, « Ignorance et argument scientifique, le cas de la dématérialisation des ressources (phyto)génétiques », *Cahiers Droit, Sciences, & Technologies*, 2025, vol. 19, p. 134.

⁶⁵ W. HOUSSEN, R. SARA et M. JASPARS, « Digital sequence information on genetic resources : concept, scope and current use », *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3*, 2020, p. 32.

⁶⁶ Rapport du Groupe d'experts techniques ad hoc sur les DSI, *CBD/DSI/AHTEG/2020/1/7*, p. 8 ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, pp. 412-415.

⁶⁷ C. OGUAMANAM, « Indigenous peoples rights in equitable benefit-sharing over genetic resources: digital sequence information (DSI) and a new technological landscape », in D. NEWMAN (dir.), *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022.

⁶⁸ A. ALEXIS, « Les controverses sur le séquençage numérique des ressources génétiques à la Convention sur la diversité biologique. Regards pragmatiques sur le droit international en train de se faire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2023, n° 17.

19. Pour nous, le fait que ces connaissances autochtones, fondées sur des prémisses ontologiques divergentes de celles sous-jacentes à la science et au droit occidentaux, soient systématiquement rejetées ou dévalorisées relève d'une véritable « dégradation épistémique ». Une telle dévalorisation apparaît d'autant plus problématique dans le contexte des pratiques de « biopiraterie » en matière d'agrobiodiversité, qui révèlent pourtant la valeur économique, sociale et épistémique de ces savoirs⁶⁹. En fait, cette dégradation épistémique repose paradoxalement sur le déni de la validité épistémologique des connaissances traditionnelles, tout en poursuivant des droits de propriété intellectuelle fondés précisément sur ces mêmes connaissances.

20. En parallèle de la question de la protection, ce passage montre également comment les savoirs autochtones sont exclus de l'interprétation du droit international des ressources génétiques⁷⁰. Or, au regard d'une approche cosmopolitique du droit international, l'exclusion de ces systèmes de savoirs dans l'interprétation pose un problème : malgré leur prétention à l'objectivité, les paradigmes de la science occidentale intègrent des visions du monde spécifiques qui influencent la délimitation des contours de la « ressource génétique ». En l'occurrence, les conceptions occidentales prolongent une ontologie « dualiste » ou « naturaliste », construite au fil de l'histoire de la philosophie occidentale, notamment à travers la distinction cartésienne entre corps et esprit, et qui se manifeste concrètement dans les négociations sur les DSI par des dichotomies telles que nature et culture (avec les plantes améliorées versus les plantes et ressources génétiques « brutes ») ou tangible et intangible (avec les DSI exclues des ressources génétiques « physiques »)⁷¹. Sous cet angle, les semences sont découpées selon ces critères spécifiques et, contrairement à d'autres ontologies davantage relationnelles, il devient possible, dans l'armature ontologique occidentale, de séparer des données et informations « externes » et « objectives » de ces ressources génétiques originelles⁷².

21. Enfin, le recours aux sciences dans ces débats doit également être analysé à la lumière du contexte socio-économique dans lequel ces discours scientifiques se déploient, par exemple, comment les sciences sont encadrées par le droit de la propriété intellectuelle, des conflits sociopolitiques relatifs à l'appropriation des ressources génétiques et, plus largement, des intérêts propres des milieux scientifiques, qui dépendent de l'accès à de vastes quantités de données en libre accès. Ces cercles d'influences entre sciences occidentales, sphères économiques

⁶⁹ V. SHIVA, *Biopiracy: the plunder of nature and knowledge*, Berkeley, North Atlantic Books, 2016.

⁷⁰ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: the cultural politics of law and knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; S. BOUMEDIENE, *La colonisation du savoir : Une histoire des plantes médicinales du Nouveau Monde*, Paris, Folio, 2022.

⁷¹ P. WATTEZ, *L'alternative patrimoniale des Iyiyiwch : Savoir-faire, territoire et autonomie*, Québec, PUQ, 2024 ; P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.

⁷² S. LEONELLI, *Data-Centric Biology: A Philosophical Study*, Chicago, University of Chicago Press, 2016.

et cadres juridiques sont visibles aussi avec ces études sur les DSI, en particulier quand certains États ont profité de ces processus d'évaluation pour promouvoir leurs propres interprétations juridiques. C'est le cas pour le Japon ayant soumis le commentaire suivant : « selon nous, les DSI ne sont pas équivalentes aux ressources génétiques [et] ne relèvent pas du champ d'application de la Convention [...]». Tout en comprenant qu'il s'agit d'un document technique visant à conceptualiser le terme "DSI", nous souhaiterions que ce point de vue [soit reflété] comme hypothèse sous-jacente et cadre de la discussion »⁷³. Cette interférence entre droit et science n'est pas isolée aux débats des DSI, et ces arguments scientifiques ont aussi été utilisés pour justifier des distinctions précédées essentiellement biologiques et ceux brevetables, ou la distinction entre organisme biologique naturel et séquences génétiques isolées via l'arrêt *Diamond v. Chakrabarty* aux États-Unis⁷⁴. De même, d'autres considèrent que ces coupures « juridiques » influencent la compréhension technique des DSI comme pouvant être détachées de leurs éléments naturels, ou encore celle des gènes comme étant isolés et statiques (plutôt que dynamiques et relationnels)⁷⁵. La section suivante détaille ce jeu d'influences à partir de l'interprétation juridique des mécanismes d'APA.

B. Interférence entre sciences et interprétation du droit international

22. Sur la base des éléments précédemment discutés, nous avons montré que le recours aux sciences occidentales impose une ontologie dualiste (ou naturaliste) dans le traitement des DSI et des ressources génétiques. En s'appuyant sur les commentaires et interprétations fournies par les États, cette section exemplifie ce jeu d'influences mutuelles entre science occidentale et le rôle du droit positif, permettant de justifier une interprétation réductrice des ressources génétiques et de parvenir ainsi à une stabilisation ontologique des questions liées aux DSI. Ces mécanismes d'articulation entre droit et sciences se manifestent précisément dans les justifications avancées par certains États en faveur d'une lecture physicaliste des ressources génétiques, qui cantonne celles-ci à leurs formes tangibles, à l'exclusion des DSI.

23. C'est principalement à partir d'une lecture du terme « matériel » qu'a pu s'ancrer cette interprétation juridique réductionniste des « ressources génétiques »,

⁷³ Notre traduction ; Secrétariat de la CDB, « Compilation des commentaires des gouvernements sur l'étude relative au concept et au champ d'application », 2020, disponible sur <https://www.cbd.int/dsi-gr/2019-2021/studies> (consulté le 10 janvier 2026) ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, p. 414.

⁷⁴ S. JASANOFF, « Taking Life. Private Rights in Public Nature », in R. KAUSHIK SUNDER (dir.), *Lively Capital. Biotechnologies, Ethics, and Governance in Global Markets*, Durham/Londres, Duke University Press, 2012, pp. 165, 172 ; S. WHATMORE, *Hybrid geographies: natures, cultures, spaces*, Londres, SAGE, 2002, p. 98.

⁷⁵ S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 5.

« ressources génétiques », portée par les narratifs scientifiques occidentaux et renforcée par leurs arrières-mondes ontologiques. En ce sens, le terme « matériel génétique » (qui, selon notre interprétation, est utilisé comme un substantif et non comme un adjectif, pouvant être associé au support) est stratégiquement découpé selon un axe ontologique dualiste séparant le tangible et l'intangible, excluant de facto les éléments intangibles des semences (qu'il s'agisse des DSI, mais aussi de toutes les dimensions culturelles et spirituelles). En l'occurrence, certains États ont défendu une interprétation partielle du terme « matériel » en l'associant à la tangibilité afin d'en exclure les DSI⁷⁶. Par exemple, l'Australie a soutenu que ni les définitions de « matériel » ni celles de « ressource génétique » ne peuvent inclure les DSI, qui sont de nature intangible et électronique. En raison de cette nature immatérielle, les « informations » ne peuvent contenir les gènes ni les « unités fonctionnelles de l'hérédité »⁷⁷. Dans cette perspective, quelques parties prenantes avaient défendu que les DSI seraient des « observations » non traitées, qui sont associées à une ressource génétique sans pour autant lui être « intrinsèques »⁷⁸. Cette position se retrouve aussi dans les positions écrites d'autres États concernant la définition des DSI. Par exemple, pour les États-Unis, les DSI « ne sont ni du matériel génétique, ni une ressource génétique. Il est essentiel de maintenir une distinction conceptuelle et définitionnelle entre le « matériel génétique » lui-même et les données associées à ce matériel »⁷⁹.

24. Pourtant, cette séparation entre éléments matériels et immatériels est contestée par d'autres parties, qui rappellent la dépendance des DSI à l'égard de leurs ressources génétiques physiques, lesquelles n'existeraient naturellement pas sans ces ressources et sans avoir été séquencées (Afrique du Sud, Madagascar, Mexique)⁸⁰.

⁷⁶ Reprise notamment dans les déclarations du Canada, Japon, et de l'Allemagne ; M.R. BOND et D. SCOTT, « Digital biopiracy and the (dis)assembling of the Nagoya Protocol », *Geoforum*, 2020, vol. 117, pp. 24-32.

⁷⁷ S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 6 ; L.C. SILVESTRI et M. ROIG-CERDEÑO, « Genetic resources are, above all, information: perspectives from law, biology and economics », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2025, vol. 25, n° 1, p. 132.

⁷⁸ Repris précisément par le *Natural History Museum, Royal Botanic Gardens Kew, & UK Royal Botanic Garden Edinburgh*, et aussi indirectement dans les positions de la *Society for the Preservation of Natural History Collections (SPNHC)* ou du *Consortium of European Taxonomic Facilities (CETAF)* ; S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 6 ; L.C. SILVESTRI et M. ROIG-CERDEÑO, « Genetic resources are, above all, information: perspectives from biology and economics », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2025, vol. 25, n° 1, p. 132.

⁷⁹ FAO SECRETARIAT, *Compilation of information on "digital sequence information" with respect to plant genetic resources for food and agriculture*, Rome, FAO, 2019, pp. 13, 39 ; P. WALCKIERS, « Ignorance et argument scientifique, le cas de la dématérialisation des ressources (phyto)génétiques », *Cahiers Droit, Sciences, & Technologies*, 2025, vol. 19, p. 135.

⁸⁰ S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, mai 2021, vol. 68, p. 8.

Plus récemment, lors de la 11^e réunion de l'Organe directeur du TIRPAA de 2025, le Burkina Faso pour le Groupe Afrique a insisté : « Il n'est pas possible de "fabriquer" des gènes virtuellement : il faut nécessairement partir de la ressource physique et des connaissances associées à cette ressource pour produire les données correspondantes. Les DSI ne constituent donc pas une simple information désincarnée. *Scientifiquement*, il faut reconnaître cette donnée selon laquelle les DSI proviennent des PGRFA »⁸¹. Cet argument fait également écho aux revendications des communautés autochtones, qui soulignent la nécessité de lier à ces « ressources génétiques physiques » leurs éléments intangibles, tels que leurs dimensions culturelles et relationnelles. D'autres États, comme l'Argentine et le Brésil, rappellent par ailleurs que le terme « matériel » ne doit pas se confondre avec la « matière » et ne signifie pas nécessairement « tangible »⁸². À l'appui de leur argument, ils citent le Dictionnaire Oxford, qui définit le terme matériel comme les « informations ou idées utilisées pour créer un livre *ou tout autre travail* »⁸³. Sous cet angle, on comprend que la tangibilité du « matériel génétique » n'est pas évidente.

25. Toujours dans la définition du « matériel génétique », la section « des unités fonctionnelles de l'hérédité » a également été discutée. Comme le signalent les guides explicatifs de la CDB et du TIRPAA, ou les Groupes de travail sur l'APA, ces notions ne sont pas définies précisément dans les textes⁸⁴. Pour d'autres, ces termes ne renvoient pas non plus à des catégories techniques/scientifiques précises, et relèvent plutôt d'un compromis politique entre les parties⁸⁵. Dans le cadre du TIRPAA, l'ambiguïté concernant ces termes est plus flagrante car ils

⁸¹ Notre observation, italiques ajoutés par nous, voy. aussi : E. TSIOUMANI *et al.*, « Summary of the Eleventh Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: 24-29 november 2025 », *Earth Negotiations Bulletin*, IISD, 2025, vol. 9, n° 880, p. 4.

⁸² S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 8.

⁸³ Traduction libre, italiques ajoutés par nous ; Collins English Dictionary : « Material » ; A. ALEXIS, « Les controverses sur le séquençage numérique des ressources génétiques à la Convention sur la diversité biologique. Regards pragmatiques sur le droit international en train de se faire », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2023, n° 17 ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, p. 419 ; S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 6.

⁸⁴ WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 19 mars 2010, p. 7 ; L.C. SILVESTRI et M. ROIG-CERDEÑO, « Genetic resources are, above all, information: perspectives from law, biology and economics », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2025, vol. 25, n° 1, p. 130.

⁸⁵ C. FRISON, *Redesigning the Global Seed Commons*, Londres, Routledge, 2018, p. 83 ; T.M. SPRANGER, *Expert opinion on the applicability of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol to digital sequence information*, 2017, p. 18 ; M.W. TVEDT et T. YOUNG, *Beyond access: exploring implementation of the fair and equitable sharing commitment in the CBD*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 67/2, Bonn, IUCN, 2007, p. 54.

peuvent se lire en relation avec les « parties et composantes », qui ont été replacées à l'article 12.3(d) du texte final comme compromis ⁸⁶. Tenant compte de ces difficultés, le guide explicatif du Traité considère que les « unités fonctionnelles de l'hérédité » pourraient englober, a minima, tous les éléments génétiques contenant de l'ADN : cellules vivantes, chromosomes, gènes ou fragments d'ADN ⁸⁷. Étant donné que les ressources génétiques les « contiennent », les unités fonctionnelles de l'hérédité ne constituent pas, en tant que telles, des ressources génétiques ⁸⁸.

26. Cette terminologie technique a permis à certaines parties d'affirmer, dans leurs déclarations écrites, que « par définition, les données de séquences génétiques ne contiennent pas d'unités fonctionnelles de l'hérédité telles que l'ADN et ne constituent donc pas des ressources ou du matériel génétiques » (Italie), ou encore que « les données de séquences génétiques, par leur nature, ne contiennent pas et ne peuvent contenir d'unités fonctionnelles de l'hérédité comme l'ADN » (Canada) ⁸⁹. Une telle séparation est stratégiquement réutilisée, car elle sert à exclure les DSI de la CDB et du TIRPAA, ainsi que de leurs mécanismes d'APA. Plaidant l'inverse, l'Argentine a réaffirmé une interprétation inclusive des ressources génétiques, en soutenant que, compte tenu des progrès scientifiques et technologiques actuels, « l'exploitation peut se faire à partir de la ressource génétique *in situ*, *ex situ* ou par le biais de la séquence génétique de la ressource (qu'elle soit numérique ou d'un autre format, par exemple analogique) » ⁹⁰. En quelque sorte, cet argument fait écho aux interprétations dynamiques des définitions, s'opposant à une lecture figée héritée des sciences de l'époque et reposant sur une série d'indices tels que les termes génériques (matériel, ressources) et techniques (unités fonctionnelles de l'hérédité).

27. Enfin, la notion de « valeur effective ou potentielle » d'une ressource génétique est également déterminante pour son interprétation. Elle montre une finalité économique et utilitaire de ces concepts, si bien que la définition de la

⁸⁶ C. FRISON, *Redesigning the Global Seed Commons*, Londres, Routledge, 2018, p. 86 ; G. MOORE et W. TYMOWSKI, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Gland, IUCN, 2005, p. 35 ; M. TVEDT et P. SCHEI, « The Term "Genetic Resources": Flexible and Dynamic while Providing Legal Certainty? », in S. OBERTHÜR et G.K. ROSENDAL (dir.), *Global Governance of Genetic Resources (Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol)*, Londres, Routledge, 2014, p. 24.

⁸⁷ K.T. KATE et S.A. LAIRD, *The Commercial Use of Biodiversity: Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*, Londres, Earthscan Ltd, 1999, p. 18 ; G. MOORE et W. TYMOWSKI, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Gland, IUCN, 2005, p. 36.

⁸⁸ WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 2010, p. 9.

⁸⁹ FAO SECRETARIAT, *Compilation of information on "digital sequence information" with respect to plant genetic resources for food and agriculture*, Rome, FAO, 2019, pp. 13, 39.

⁹⁰ FAO SECRETARIAT, *Compilation of information on "digital sequence information" with respect to plant genetic resources for food and agriculture*, Rome, FAO, 2019.

ressource génétique dépend de la manière dont, et par qui, elle peut être valorisée⁹¹. Plus spécifiquement, dans leur *Guide explicatif* du TIRPAA, Moore et Tymowski insistent également sur l'importance de l'utilisation de ces ressources, plutôt que sur leurs propriétés intrinsèques : les ressources phytogénétiques n'ayant d'ailleurs pas d'applications agroalimentaires échappant alors au champ d'application du TIRPAA⁹². Par ailleurs, notre observation des réunions de l'Organe directeur du TIRPAA portant sur une possible extension des « ressources génétiques » énumérées à l'annexe 1, couvertes par le système multilatéral d'APA, montre que ces ressources sont surtout comprises dans un sens anthropocentré et utilitariste : il s'agit des plantes utiles à l'agriculture humaine (dans une logique d'agriculture conventionnelle), sans prise en compte des plantes sauvages dont l'usage humain n'est pas avéré ou documenté, ni de celles présentant une utilité écologique ou pour les non-humains. En bref, nous pouvons au minimum nous accorder sur le fait que cette « valeur » n'est pas immanente, mais redéfinie par les relations politiques, économiques et sociales tissées autour des ressources génétiques.

28. Sur base de ces éléments, la définition de « ressource génétique » peut se comprendre comme un concept socialement et juridiquement construit, susceptible de faciliter la mise en place de mécanismes de propriété intellectuelle ou de partage des avantages⁹³. Dans le cadre des débats relatifs aux DSI, ces notions ont été reprises pour soutenir une analyse inclusive des ressources génétiques. En particulier, la formule « valeur effective ou potentielle » suggère une lecture prospective de ces ressources, qui ne saurait se limiter à la valeur qui leur était attribuée à la date de conclusion du traité⁹⁴. Comme le rappelait explicitement

⁹¹ WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 2010, p. 9 ; S. AUBRY *et al.*, « Bringing access and benefit sharing into the digital age », *Plants, people, planet*, 2022, vol. 4, n° 1 ; S. AUBRY, « The Future of Digital Sequence Information for Plant Genetic Resources for Food and Agriculture », *Frontiers in Plant Science*, 2019, vol. 10, pp. 1-10 ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, p. 422 ; S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, pp. 3, 7.

⁹² G. MOORE et W. TYMOWSKI, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Gland, IUCN, 2005, p. 36 ; C. FRISON, *Redesigning the Global Seed Commons*, Londres, Routledge, 2018, p. 82 ; A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, p. 396.

⁹³ S. NAWAZ, T. SATTERFIELD et S. HAGERMAN, « From seed to sequence: Dematerialization and the battle to (re)define genetic resources », *Global Environmental Change*, 2021, vol. 68, p. 3.

⁹⁴ WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 2010, p. 9 ; G. MOORE et W. TYMOWSKI, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Gland, IUCN, 2005, p. 36.

le Groupe de travail sur l'APA : « la valeur potentielle pourrait être comprise comme les nouvelles techniques à venir qui pourraient révéler [leur] valeur potentielle »⁹⁵. De cette manière, Bendimred et Frison avaient justifié l'inclusion des DSI dans la définition d'une ressource génétique étant donné leur valeur effective ou potentielle, par exemple pour des processus commerciaux (caractérisation des plantes, obtention de brevets, etc.)⁹⁶.

29. Parallèlement, cette notion de valeur « effective ou potentielle » peut également s'ouvrir à la multiplicité ontologique, intégrant d'autres éléments de valeur que les seuls critères marchands. Le Groupe de travail sur l'APA avait ainsi conclu que la valeur de ces ressources génétiques n'est pas uniquement économique, mais peut également être « de nature sociale, économique, culturelle et spirituelle »⁹⁷. Cette approche multidimensionnelle de la « valeur effective ou potentielle » se retrouvait d'ailleurs déjà dans l'instrument précurseur du TIRPAA, l'Engagement international de 1983, qui soulignait, dans ses objectifs, les dimensions économiques et sociales des ressources génétiques⁹⁸. Enfin, la Décision 16/2 déjà mentionnée intègre également des outils permettant ces lectures plus holistiques des ressources génétiques, établissant des liens entre les informations génétiques et la terre nourricière⁹⁹. Cela montre que les questions ontologiques liées aux éléments intangibles des semences et aux DSI restent ouvertes, malgré les tentatives de stabilisation ontologique opérées par le droit positif et les sciences occidentales.

30. Allant plus loin suivant une lecture cosmopolitique du droit et des savoirs, nous pensons que le droit international aurait pu tout à fait s'accommoder et valoriser d'autres ontologies et épistémologies par rapport aux semences. Par exemple, le Tribunal de Waitangi en Nouvelle-Zélande avait reconnu que les données Māori

⁹⁵ WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 2010, p. 10.

⁹⁶ A. BENDIMRED et C. FRISON, « Séquençage des données issues des ressources génétiques : trouble-fête du régime international d'accès et de partage des avantages du Protocole de Nagoya », *Ann. Dr. Louvain*, 2022, vol. 83, n° 2, p. 422 ; H. TORDJMAN, *La croissance verte contre la nature : Critique de l'écologie marchande*, Paris, La Découverte, 2021, p. 102 ; M. HALEWOOD *et al.*, « Plant genetic resources for food and agriculture: opportunities and challenges emerging from the science and information technology revolution », *New Phytologist*, 2018, vol. 217, n° 4, pp. 1407-1419.

⁹⁷ Traduction libre ; WG-ABS, *The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and How it relates to a functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*, Cali, CBD, 2010, p. 10.

⁹⁸ Art. 1 de l'Engagement unilatéral, FAO Res. 5/89 ; K. AOKI, « Seeds of Dispute: Intellectual-Property Rights and Agricultural Biodiversity Symposium Edition: Farming and Food: How We Grow What We Eat », *Golden Gate University Environmental Law Journal*, 2009, vol. 3, n° 1, pp. 79-160 ; K. AOKI et K. LUVAI, « Reclaiming Common Heritage Treatment in the International Plant Genetic Resources Regime Complex The International Intellectual Property Regime Complex », *Michigan State Law Review*, 2007, vol. 2007, n° 1, p. 40.

⁹⁹ Décision 16/2 « Information de séquençage numérique sur les ressources génétiques », adoptée par CoP le 1^{er} novembre 2024, CDB/COP/DEC/16/2, pt 2.

constituent un *Taonga*, une forme de « trésor » imprégnée d'une force vitale (*mauri*) et devant rester collectivement sauvegardée par les communautés Māori (*kaitia-kitanga*) afin de préserver les connexions intergénérationnelles (*whakapapa*), y compris celles avec l'environnement. Cela constitue un exemple notable de reconnaissance juridique des ontologies et épistémologies relationnelles autochtones des données, en contraste avec la notion de données « brutes » et prétendument ahistoriques et sans contexte¹⁰⁰. Souhaitant poursuivre cette démarche d'ouverture cosmopolitique au droit et aux savoirs, la partie suivante tentera, à partir d'une sélection d'interviews, de montrer comment les savoirs et les sciences autochtones peuvent conduire à des lectures holistiques de ces ressources génétiques.

II. OBSERVER LE SANCTUAIRE, SE LAISSER GUIDER POUR REPENSER LES SEMENCES

31. Dans la précédente partie, nous avons vu comment les définitions de « ressources génétiques » et de « matériel génétique » ont été restrictivement interprétées, justifiées par le recours au droit positif et l'appel aux sciences occidentales, et cela malgré quelques possibilités d'ouverture aux différentes interprétations de la « valeur effective ou potentielle » des ressources génétiques, de la protection des savoirs traditionnels ou des liens entre informations génétiques et terres nourricières. Cette approche réductionniste conduit à un phénomène de « dégradation épistémique » des systèmes de savoirs autochtones, pouvant s'expliquer en partie par une approche néocoloniale des sciences occidentales, présentées comme pourvoyeuses d'une vérité objective et extérieure, ou encore par un déracinement des savoirs autochtones de leurs fondements ontologiques et des systèmes sociaux plus larges dans lesquels ils s'inscrivent¹⁰¹. Comme le dénoncent ainsi plusieurs académiques autochtones, ce déracinement s'opère également dans les comparaisons entre sciences occidentales et savoirs autochtones, risquant de ne sélectionner que certains éléments épistémologiques des savoirs autochtones validés à travers des prismes occidentaux, donc détachés de leurs contextes ontologiques et sociaux propres¹⁰². Isolés de leurs ancrages ontologiques, ces savoirs peinent à être pleinement pris en compte par les perspectives occidentales

¹⁰⁰ Waitangi Tribunal, *The Report on the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Wai 2552)*, 2023, note WAITANGI TRIBUNAL, disponible sur <https://waitangitribunal.govt.nz/news/tribunal-releases-report-on-electronic-commerce-chapter-in-cptpp/> ; A. ALEXIS, « Tracer et valoriser les ressources et savoirs autochtones à l'ère numérique : métadonnées, données ouvertes, propriété intellectuelle », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2023, vol. 35, n° 3, pp. 700-703.

¹⁰¹ D. MCGREGOR, « Indigenous Knowledge Systems in Environmental Governance in Canada », *KULA: Knowledge Creation, Dissemination, and Preservation Studies*, 2021, vol. 5, n° 1, pp. 1-10. ; J. GRENZ, *Medicine Wheel for the Planet: A Journey Toward Personal and Ecological Healing*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2024.

¹⁰² L. TUHIWAI SMITH, *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*, 2^e éd., Londres, Zed Books, 2012 ; V. DELORIA JR, *Red Earth, White Lies: Native Americans and the Myth of Scientific Fact*, Golden, Fulcrum Publishing, 1997.

modernes, qui en réduisent souvent la dimension holistique, relationnelle et culturelle à de simples croyances ¹⁰³.

32. Voulant prendre au sérieux ces questions, cette section s'efforcera de suivre une approche cosmopolitique du droit et des sciences pour repenser l'interprétation juridique, en s'inspirant des ouvertures dans le droit positif avec, par exemple, la notion de « valeur effective ou potentielle » des ressources génétiques. Dans cette démarche, nous invitons à réfléchir aux types de savoirs mobilisés pour définir l'ontologie des ressources génétiques, ce qui implique de décentrer le rôle des sciences occidentales. La voie proposée part du postulat d'une multiplicité des réalités et adopte une perspective analytique qui s'éloigne des présupposés universalistes de la pensée occidentale moderne, en particulier afin de dépasser les dualismes enracinés (comme le matériel et l'immatériel, la nature et la culture) qui continuent d'organiser la production du savoir scientifique ¹⁰⁴. Dans cette ouverture aux différentes épistémologies, nous proposons un passage transdisciplinaire pour se laisser guider dans notre manière de penser les semences à partir des enseignements, actions, récits et visions du monde partagés par l'artiste et gardienne des semences autochtones Kahehtoktha Janice Brant, du *Kenhteke Seed Sanctuary & Learning Centre*.

A. Le sanctuaire et les dimensions relationnelles des semences

33. Situé sur le territoire mohawk de Tyendinaga ¹⁰⁵, le Sanctuaire est une initiative communautaire visant à préserver, cultiver et protéger les semences traditionnelles et autochtones dans un espace sacré, en accord avec la cosmologie *Rotinohsyon:ni* (ou la Confédération Haudenosaunee, les Six Nations). Fondé en 2019 sur 15 acres mis à disposition par le conseil de bande, le Sanctuaire cultive plus de 300 variétés de semences selon des techniques agricoles traditionnelles. Le Sanctuaire organise également des événements et des activités didactiques à destination des membres de la communauté : partages de semences, EcoTours et ateliers de cuisine à partir des récoltes ¹⁰⁶.

34. La volonté de restaurer les liens culturels, spirituels, écologiques et intergénérationnels qui sont associés aux semences et pratiques traditionnelles a été un élément central de la constitution du Sanctuaire. Comme nous l'explique Kahehtoktha, l'histoire du Sanctuaire commence par la question de la reprise des semences des

¹⁰³ E. VIVEIROS DE CASTRO, « Perspectival Anthropology and the Method of Controlled Equivocation », *Tipiti: Journal of the Society for the Anthropology of Lowland South America*, 2004, vol. 2, n° 1, p. 18.

¹⁰⁴ P. WATTEZ, *L'alternative patrimoniale des Iyiyiwch : Savoir-faire, territoire et autonomie*, Québec, PUQ, 2024, p. 18.

¹⁰⁵ TSI TYÖNNHEHT ONKWAWÉN:NA et Mohawks of the Bay of Quinte Research Department, « Tyendinaga Mohawk Territory », disponible sur <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/tyendinaga-mohawk-territory> (consulté le 1^{er} juillet 2025).

¹⁰⁶ « Kenhteke Seed Sanctuary & Learning Centre », *Kenhteke Seed Sanctuary & Learning Centre*, 22 avril 2025, disponible sur <https://kenhtekeseedsanctuary.com> (consulté le 1^{er} juillet 2025).

Sœurs de la Providence de Saint Vincent de Paul ¹⁰⁷. En effet, « très rapidement, notre conversation a trouvé un terrain d'entente. [les Sœurs] avaient un lien spirituel avec les semences et la collection de semences. Nous avons nous aussi un lien spirituel » ¹⁰⁸. En effet, « nous leur avons raconté l'histoire de la Femme du Ciel et comment certaines semences seraient venues d'un autre monde. Elles ont été apportées ici par la Femme du Ciel, et nous possédons encore ces semences aujourd'hui, ces semences font partie de notre culture et de notre tradition orale » ¹⁰⁹.

35. Le Sanctuaire montre une voie alternative à l'approche ressourciste des semences, en défendant une ontologie holistique dans laquelle les semences sont porteuses de liens culturels et spirituels essentiels aux cultures et aux traditions orales des *Rotinonhsyon:ni*. Établissant des liens directs entre la Femme du Ciel et les semences ¹¹⁰, Kahehtoktha nous explique qu'elle tient aux semences avec lesquelles elle travaille, non seulement physiquement, mais aussi spirituellement. Cela nuance donc une vision physicaliste et naturaliste des semences comme avec les débats sur les DSI, car, comme elle le dit : « je crois que leur dimension spirituelle est tout aussi importante que la nourriture qu'elles nous procurent. [Il y a] ce lien spirituel, la relation et de la responsabilité spirituelles que nous avons envers les semences et envers la terre. Il ne s'agit pas de propriété. Il y a quelque chose de plus, quelque chose de plus profond, que cela » ¹¹¹.

36. Ces liens se manifestent et se renforcent par une série de cérémonies et pratiques : « nous commençons nos rassemblements par des paroles d'ouverture ou le *Thanksgiving Address*, et nous les clôturons de la même manière. Nous partageons un repas, car certains éléments sont pour nous essentiels pour constituer une cérémonie : les discours, et si possible le chant et la danse, ainsi qu'un festin [...]. Nous honorons ce rituel au Sanctuaire. Nous reproduisons ces pratiques ancestrales lors de nos activités afin de renforcer notre culture et le lien spirituel profond qui nous unit à nos semences » ¹¹².

37. Une série d'actions concrètes témoigne de ces attachements humains-semences, qui dépassent les cadres purement physicalistes : « J'utilise le mot

¹⁰⁷ ROWEN, « Seed Rematriation », *Sierra Seeds*, 2018, disponible sur <https://sierraseeds.org/seed-rematriation/> (consulté le 14 novembre 2024).

¹⁰⁸ ROWEN, « Seed Rematriation », *Sierra Seeds*, 2018, disponible sur <https://sierraseeds.org/seed-rematriation/> (consulté le 14 novembre 2024).

¹⁰⁹ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹¹⁰ Dans cette version de l'histoire, les semences sont directement poussées du corps de la Femme du ciel : de sa poitrine a poussé le maïs ; de son ventre, les courges ; de ses mains, les haricots. De sa tête a poussé le tabac sacré, que nous utilisons pour transmettre nos pensées au Créateur. Une autre partie de l'histoire raconte que là où ses pieds reposaient, une sorte de petite pomme de terre a poussé.

¹¹¹ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹¹² KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025 ; Par ex. : J. STROKES et KANAWAHIENTON, *Haudenosaunee Thanksgiving Address — Greetings to the Natural World*, 1993, Six Nations Indian Museum, disponible sur https://americanindian.si.edu/environment/pdf/01_02_thanksgiving_address.pdf (consulté le 3 juillet 2025).

‘magique’. Quelque chose qui dépasse le physique pour toucher à la métaphysique. Nous avons du respect pour les semences à la fois dans leur dimension physique et spirituelle. Les semences sont les futures générations de semences, elles sont la base du système alimentaire pour les communautés, les cérémonies, la santé et la joie. Chez nous, nous conservons les semences sous des couvertures, à l’abri de la lumière directe. Nous les gardons au sec et dans un endroit frais. Leur énergie est semblable à celle des enfants : nous en prenons soin avec douceur, nous leur parlons avec bienveillance et nous veillons à leur offrir un espace sûr » ¹¹³.

38. Face à différentes menaces, en particulier la culture d’OGM et le risque de contamination, le Sanctuaire met en place une série de mesures pour préserver ces relations entre les communautés et leurs semences : des zones tampons, des voiles et toiles pour protéger les semences traditionnelles contre la pollinisation et les insectes. Des mots de Kahehtoktha : « Nous prenons grand soin de la terre parce que nous voulons qu’elle soit aussi saine que possible. Nous pratiquons en permanence des méthodes durables et une agronomie d’avant-contact : cultures associées, rotations des cultures, haies, et bien plus encore » ¹¹⁴.

39. S’ajoutent à cela des craintes liées à l’appropriation des semences autochtones, menaçant les liens spirituels qui les accompagnent, et ce malgré une philosophie partagée par une partie de la communauté selon laquelle « aucun individu ni entreprise ne devrait pouvoir revendiquer de droits sur la nature ou les plantes ». Comme le déplore Kahehtoktha : « Ces choses me terrifient. Parce que j’ai l’impression que les lois du monde moderne permettent cela — c’est une forme de génocide continu à notre égard. Elles nous laissent vulnérables. Alors quelques fois, nous cultivons nos semences sans interférences. Et parfois, quand ils découvrent ce qu’on fait, ils essaient de s’approprier ou de breveter. Or, il est essentiel pour moi que les semences restent entre les mains des peuples, pas des entreprises. Parce que les entreprises n’ont ni le cœur ni l’esprit pour en prendre soin » ¹¹⁵. C’est pourquoi beaucoup d’espoirs sont tournés sur la consolidation des cadres internationaux, comme l’UNDRIP, pour mieux protéger les droits des peuples autochtones sur leurs semences.

40. Pour finir sur ce point, la protection et la préservation de ces liens culturels autour des semences constituent aussi une manière de préserver les relations au sein de la communauté et de participer à la transmission intergénérationnelle. « Nous voulions également être un exemple pour nos jeunes, leur montrer que nous sommes une culture vivante. Nous ne sommes pas morts, nous ne sommes pas éteints, nous ne sommes pas des dinosaures. Nous sommes un peuple bien vivant, présent, actif et qui participe au monde. Parce que nous voulions que notre propre peuple, nos propres jeunes, puissent se reconnaître et voir leur culture

¹¹³ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹¹⁴ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹¹⁵ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

toujours vivante »¹¹⁶. Le Sanctuaire intègre ainsi dans son travail un principe de responsabilité, repris dans la ceinture *wampum* « *Passing of the Seeds* », et à partir duquel nous pouvons repenser cosmopolitiquement le droit et les savoirs.

B. Ouvrir le droit et les savoirs par la ceinture *wampum*

41. En 2019, le Sanctuaire a participé à une Cérémonie de Rematriation des semences vers leur territoire d'origine, à Tyendinaga. À cette occasion, la ceinture *wampum* « *Passing of the Seeds* », a été tissée pour marquer l'engagement partagé envers les semences et le bien-être des générations futures. Dans ce processus, les participant·es ont été invité·es à « garder leur esprit clair, bienveillant, et à placer leur intention dans cet acte : leur soin pour les semences, leur amour et leur reconnaissance envers elles, ainsi que ce qu'ils souhaitent voir perdurer »¹¹⁷. Présentée en Figure 1, cette ceinture *wampum* a été réalisée dans le respect des traditions Haudenosaunee et conçue pour être facilement lue et comprise. Elle consigne, à travers ce codage visuel, ce qui importe à la communauté : leurs accords, leurs compréhensions communes ainsi que leurs engagements, passés et à venir. Par ailleurs, la ceinture *wampum* est constituée de coquillages, en lien direct avec l'eau, source de toute vie. Elle constitue ainsi un engagement vivant, à la différence des lois inscrites au moyen du stylo et du papier¹¹⁸.

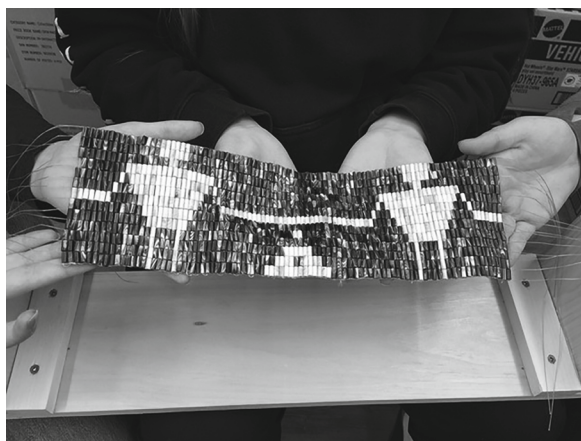


Figure 1 *Passing the Seeds Wampum Belt*. Des jeunes de Tyendinaga tiennent la ceinture *wampum* « Passage des graines ». Crédit photo : Kahehtoktha

¹¹⁶ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹¹⁷ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025 ; « Passing The Seeds: A Seed Rematriation Story », *Rematriation*, 24 avril 2022, disponible sur <https://rematriation.com/passing-the-seeds-a-seed-rematriation-story/> (consulté le 23 juin 2025) ; *Rematriate: Passing the Seeds*, Tyendinaga Mohawk Territory, 15 août 2019, disponible sur <https://vimeo.com/353919658> (consulté le 1^{er} juillet 2025).

¹¹⁸ *Rematriate: Passing the Seeds*, Tyendinaga Mohawk Territory, 15 août 2019, disponible sur <https://vimeo.com/353919658> (consulté le 1^{er} juillet 2025).

42. Suivant la description qu'en donne Kahehtoktha « deux figures humaines [sont] représentées dessus, et entre elles, une ligne solide et ininterrompue. Cette ligne symbolise la transmission des semences d'une génération à l'autre — mais aussi entre nous et les Sœurs. Elle incarne l'idée que les semences sont toujours faites pour être transmises, toujours destinées à circuler »¹¹⁹. De cette ligne découle également l'acte de planter la semence sur une petite butte. « Cela symbolise non seulement le geste de semer physiquement, mais aussi le partage des savoirs, compétences, cosmologies, chants et recettes qui les accompagnent et sont nécessaires pour en prendre soin »¹²⁰. Dans les lignes qui suivent, nous prenons inspiration de cette ceinture *wampum* pour penser le droit et les sciences de manière cosmopolitique.

43. Premièrement, la ceinture *wampum* engage à la transmission des savoirs et interroge sur la manière dont ces savoirs sont reçus et entendus. Comme le soutient Kahehtoktha : « Nous connaissons ces terres mieux que quiconque. En apprenant des agriculteur·ices, gardien·nes des semences de notre communauté [...] j'ai l'impression que la science occidentale est une sœur cadette. La science et la médecine occidentales sont des sœurs plus jeunes, qui n'écoutent pas toujours et qui n'observent pas assez. Or, dans l'éducation autochtone, nous ne pouvons pas ignorer cette petite sœur, et nous devons être un exemple à suivre. C'est à nous de lui montrer la voie »¹²¹.

44. Dans cette voie, Kahehtoktha partage quelques éléments : « Les peuples autochtones ont une vision holistique et relationnelle et une pratique de la vie, qui impliquent de reconnaître et d'honorer l'environnement, le vivant qui nous entoure et les interconnexions visibles et invisibles. Malgré la colonisation, malgré les tentatives de génocide, nous avons préservé une grande partie de notre science grâce à notre code oral, à nos enseignements persistants, au temps passé sur la terre avec les aîné·es, avec les enseignant·es, chasseur·euses, cueilleur·euses. Nous avons une relation particulière avec notre science, qui passe par nos traditions orales et culturelles. Par exemple, au printemps, quand le rouge-gorge arrive, notre peuple a une danse spéciale et des chants, qui s'appellent *Tsi'skoken:neha*, la manière du Rouge-gorge. Nous les aimions tellement que nous avons appris à les répliquer et imiter par des chants et des danses. C'est un exemple de couches de savoir, de compétences et de compréhension, de sagesse. Pour une graine aussi, il y a des couches que nous pouvons découvrir à travers notre culture et notre langue »¹²².

45. Suivant ces paroles, les sciences occidentales devaient alors, pour entamer un véritable dialogue entre savoirs, commencer par une écoute sincère suivant

¹¹⁹ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹²⁰ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹²¹ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹²² KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

une démarche décoloniale ¹²³. Elle poursuit : « Je tiens à nos sciences. Je trouve cela fascinant. J'apprends encore de la terre, du jardinage, de la conservation des semences, de la cuisine, de la culture et de la consommation de nos aliments uniques et traditionnels, et je transmets cela à d'autres tout en construisant des réseaux de relations et de soutien. Je me sens scientifique. Je pense que tous les Haudenosaunee pourraient être des scientifiques. Je fais des expériences et je tiens des carnets de notes sur les cultures, le climat, la météo, la lune, les animaux, les oiseaux et les insectes. Ces informations sont partagées et elles s'enrichissent lorsqu'elles circulent, par exemple lors de conférences comme celle de Kahnawake ¹²⁴. Nous utilisons les informations recueillies pour décider de ce que nous allons planter dans le jardin pour la saison à venir, en fonction de ce que nous partageons et de mon expérience de la terre, y compris de ce que je sais des cycles du vivant. [...] nous sommes toujours en interaction avec ces informations, ces récits, en dialogue constant avec ce savoir. Nous avons une vision du monde magnifique » ¹²⁵.

46. Sous cet angle, les questions ontologiques que pose la dématérialisation des semences sont pleinement enrichies par cette démarche d'écoute et de dialogue entre systèmes de savoirs. À la lumière de ces témoignages, les semences doivent être envisagées de manière holistique et ne sauraient se réduire à de simples ressources ou à des séquences de gènes. Comme l'illustre Kahehtoktha « Quand je regarde une semence, je vois un petit univers, un être holistique. Sa coque protège le germe sacré et l'énergie qu'elle contient [...]. La graine a sa propre volonté, son esprit, sa capacité à grandir et à mémoriser. Elle a un esprit, une essence spirituelle ; son destin et ses relations se transmettent à travers des discours, des chants, des danses et des festins, qui honorent son partage et sa générosité, et qui reconnaissent les efforts combinés permettant de savoir quand semer et faire germer. [Par exemple] le maïs, les haricots et les courges sont bien plus qu'un complexe agricole : ensemble, ce sont les Trois Sœurs, et il existe de nombreuses légendes et histoires sur leur parenté et leurs origines. Les semences et les plantes sont des êtres vivants, elles sont animées, elles ont un esprit. Quand les semences sont cultivées, on leur donne l'occasion de s'adapter aux changements écologiques et cosmiques de l'environnement et du climat. Elles portent des mémoires génétiques et des liens avec des peuples et des lieux. Elles savent quand rester en dormance ou quand se réveiller. Nos ancêtres savaient quand semer et comment préparer la terre. Ils travaillaient en collaboration, en co-création. Peut-être est-ce cela, le véritable traité » ¹²⁶.

¹²³ A. MORENO CELY *et al.*, « Breaking monologues in collaborative research: bridging knowledge systems through a listening-based dialogue of wisdom approach », *Sustainability Science*, 2021, vol. 16, p. 920.

¹²⁴ Kahnawà:ke Seed Conference, du 21 au 23 février 2025, organisée par le Kahnawà:ke Collective Impact et Steve McComber.

¹²⁵ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

¹²⁶ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

47. Voulant faire quelques liens, les enseignements de Kahehtoktha peuvent faire écho aux réflexions de Aaron Mills, juriste Anishinaabe, sur les « mondes du vivant » (*lifeworlds*). Le concept de « monde du vivant » renvoie au cadre ontologique, épistémique et cosmologique à travers lequel le monde se manifeste à un peuple ¹²⁷. Selon Mills, tout ordre constitutionnel, et par extension tout ordre juridique, s'inscrit dans un « monde du vivant » particulier, c'est-à-dire une certaine compréhension des entités (humains, plantes, etc.) et des relations qui tissent la toile du monde. Ainsi, en réfléchissant sur le constitutionnalisme, entendu comme modalité de constitution d'une communauté politique ¹²⁸, Mills distingue le constitutionnalisme libéral, propre aux sociétés occidentales, du constitutionnalisme « enraciné », caractéristique de la plupart des sociétés autochtones. Le constitutionnalisme libéral repose sur l'idée d'*indépendance* a priori des individus censés entrer en relation que dans un second temps pour fonder la communauté politique, tandis que le constitutionnalisme enraciné repose sur l'idée d'*interdépendance* des êtres, humains comme non-humains, appartenant tous à la Terre et constituant avec elle la communauté politique. Dans le premier cas, les relations prennent la forme d'un *contrat*, soit un échange entre individus a priori indépendants, et la terre n'est que la scène de ces relations. Dans le second cas, poursuit Mills, les relations prennent la forme d'un *traité*, c'est-à-dire une relation d'aide mutuelle intentionnellement approfondie entre entités toujours interdépendantes, dont la Terre en constitue la source ou le fondement ¹²⁹. En évoquant ce travail en collaboration, en co-crédation entre les ancêtres et les semences, dotées d'une essence spirituelle et d'une intentionnalité propre, Kahehtoktha y voit le « véritable traité », une sorte de renouvellement approfondi des liens entre les semences, les peuples et les lieux, pour reprendre en partie ses propres termes. D'où la résonance (et non nécessairement l'identité) entre les enseignements de Kahehtoktha et les réflexions de Mills.

48. En somme, cette notion de « véritable traité » formulée par Kahehtoktha nous invite à repenser notre rapport ontologique au droit et aux systèmes juridiques : à la fois sur la potentialité pour le droit de reconnaître ces dimensions holistiques et relationnelles des semences, mais aussi sur la nécessité de prendre du recul quant au type de droit avec lequel nous interagissons. En effet, faisant écho aux approches autochtones du droit, notre rapport à la norme peut également se décentrer des perspectives positivistes classiques, des traditions juridiques occidentales et de leur conditionnement aux formes écrites. Dans ce contexte, la ceinture *wampum* offre également quelques pistes de réflexion. Comme le rappelle

¹²⁷ A. MILLS, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, 2016, vol. 61, n° 4, p. 850.

¹²⁸ A. MILLS, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, 2016, vol. 61, n° 4, p. 855.

¹²⁹ A. MILLS, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, 2016, vol. 61, n° 4, p. 860-861.

Kahehtoktha : « À travers cette wampum, de nombreuses voix sont représentées, de nombreuses pensées, préoccupations et prières liées aux semences y sont inscrites [...] Ce fut un engagement immense, non seulement de la Rematriation de ces semences particulières dans notre communauté, mais aussi une représentation d'une histoire beaucoup plus longue concernant nos semences. C'était la première *Wampum* à être réalisée de manière moderne [...]. Cela m'enthousiasme beaucoup, car cela a donné à d'autres le pouvoir de créer un enregistrement en *wampum*, comme notre peuple le faisait, il y a des centaines, voire milliers d'années »¹³⁰.

CONCLUSION

49. Cet article a souhaité suivre plusieurs démarches en vue d'une approche cosmopolitique du droit et des savoirs, en prenant comme point de départ les questions liées à la dématérialisation des ressources génétiques. En effet, avec le développement des DSI, les différents instruments d'APA sont traversés par des questions ontologiques portant sur ce que constitue une ressource génétique et sur la possibilité pour ces instruments de couvrir des éléments immatériels. Une méthodologie transdisciplinaire a été adoptée, mêlant la technique juridique avec la philosophie du droit et des sciences (en mobilisant les approches post-humaines, cosmopolitiques et le tournant ontologique), l'observation in situ et l'analyse documentaire des négociations internationales, ainsi que l'écoute et la contextualisation des recherches à partir des enseignements de Kahehtoktha, cofondatrice du Sanctuaire des semences de Kenhte:ke.

50. La première partie de cet article a exploré les jeux d'influences entre les sciences occidentales et le droit international dans l'exercice de fixation des ontologies, et la manière dont ces rapports écartent les sciences autochtones dans la définition des DSI et des ressources génétiques. Nous avons constaté qu'une approche ressourciste des semences prédomine dans le droit international, renforcée par les discours des sciences occidentales et leur instrumentalisation par certains États, et qui se manifeste concrètement par des découpages ontologiques physicalistes (entre semences physiques et éléments immatériels) et naturalistes (entre les plantes naturelles ou les DSI comme observations « brutes », d'une part, et les dimensions culturelles et spirituelles, d'autre part). Pourtant, ces découpages occidentaux ne sont pas universels, et les semences sont appréhendées par d'autres ontologies dans leurs dimensions sociales, culturelles et spirituelles, en particulier pour plusieurs communautés autochtones. Dès lors, le droit international, s'il se réclame d'un certain universalisme, ne devrait pas être interprété uniquement à travers une ontologie occidentale. Par ailleurs, différents points d'accroche en droit

¹³⁰ KAHEHTOKTHA, « Seed Sanctuary », entretien du 10 mars 2025.

positif ont été repris pour inviter à rouvrir les questions ontologiques, comme la notion de « valeur effective ou potentielle », qui peut inclure les valeurs culturelles et spirituelles des semences, ou plus récemment la décision 16/2 de la CdP de la CDB, reconnaissant les liens entre les informations génétiques et la Terre nourricière dans certaines visions du monde.

51. La deuxième partie a voulu prendre au sérieux ces questions ontologiques et de tenter une démarche d'ouverture cosmopolitique au droit et aux savoirs, argumentant que le droit international devrait s'accommoder de diverses ontologies sans être limité a priori par les cadres scientifiques occidentaux. Cette approche s'inscrit dans la continuité de la littérature plaçant pour une interprétation inclusive des DSI dans les instruments d'APA et leurs implications pratiques¹³¹ ; sur les inquiétudes portant sur la fragmentation des obligations formelles de partage des avantages via des dispositifs toujours plus complexes, voire inefficaces, fondés des logiques économiques et centrés sur la souveraineté des États¹³² ; ou sur la nécessaire protection contre la biopiraterie et la spoliation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels¹³³. Cependant, au-delà de ces éléments importants, cet article a voulu proposer une relecture cosmopolitique des définitions de « ressources génétiques » et « matériel génétique » à partir des perspectives du Sanctuaire et des savoirs situés Kahehtoktha, en mettant l'accent sur les dimensions holistiques des semences. La « valeur effective ou potentielle » des semences est alors évidente lorsqu'on observe les relations holistiques et spirituelles entre humains et semences que le Sanctuaire préserve : des semences aux origines sacrées, cultivées par les communautés depuis des temps immémoriaux, avec lesquelles des relations d'entraide et d'affection se sont nouées, et qui ne peuvent être comprises uniquement à travers le prisme scientifique occidental.

52. Nous avons finalement conclu ces réflexions avec la ceinture *wampum* « *Passing the Seed* » qui inscrit un lien de responsabilités vis-à-vis des semences. Ces responsabilités concernent non seulement la préservation physique des semences de génération en génération, mais également la transmission des savoirs, des rites et des cultures permettant de maintenir ces relations mutuelles. La ceinture *wampum* et les réflexions qu'elle suscite nous interrogent également sur l'ontologie du droit. Somme toute, et pour reprendre les termes de Kahehtoktha,

¹³¹ Voy. *supra*, notes 38 et 49.

¹³² S. AUBRY, P. WALCKIERS et C. FRISON, « Keep talking while everything gets sequenced: Is global governance of Genetic Resources keeping pace with digitization? », *Journal of Global Health Law*, 2026, à paraître ; P. WALCKIERS, C. FRISON et S. AUBRY, « Genetic Resources as (im)material. Interpreting the International Treaty on Plant Genetic Resources from a Legal and Posthuman perspective », *European Journal of International Law*, à paraître.

¹³³ R. NEHRING, « Digitising biopiracy? The global governance of plant genetic resources in the age of digital sequencing information », *Third World Quarterly*, 2022, vol. 43, n° 8 ; A. ALEXIS, « Tracer et valoriser les ressources et savoirs autochtones à l'ère numérique : métadonnées, données ouvertes, propriété intellectuelle », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 2023, vol. 35, n° 3, p. 686.

cette responsabilité intergénérationnelle dans la transmission des semences et des savoirs, inscrite dans la ceinture *wampum*, et plus largement ces rapports de coévolution entre humains et semences, c'est peut-être cela, le véritable traité.

REMERCIEMENTS

Dans ce travail de recherche, d'apprentissage et de dialogue, nous souhaitons remercier les organisateur·ices et participant·es de la Kahnawà:ke Seed Conference de 2025, et en particulier Steve McComber. Pour les précieux partages de connaissances en amont de ce projet, nous remercions également très sincèrement Teiowí:sonte Thomas Deer, Cultural Liaison & Graphic Artist au Kanien'kehá:ka Onkwawén:na Raotitióhkwa Language and Cultural Center. Pour l'accompagnement de nos recherches sur ces questions, nous exprimons aussi notre gratitude à Konstantia Koutouki et Christine Frison. Nous remercions les deux évaluateurs·rices anonymes pour leurs commentaires constructifs, qui ont permis d'enrichir l'article. Toute erreur éventuelle demeure néanmoins de notre seule responsabilité.

HORS THÈME

Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux : vers une définition cohérente*

par Philippe Jacques**

RÉSUMÉ

Le principe d'égalité des belligérants prévoit que les règles du droit international humanitaire (DIH) s'appliquent de manière égale à chacune des parties à un conflit armé, quelle que soit la légalité de leur recours à la force au regard du *jus ad bellum*. Ce principe a fait l'objet d'analyses approfondies en doctrine ; son importance est reconnue et ses fondements juridiques ainsi que ses effets sont clairement définis. Toutefois, ce constat ne concerne que son application dans les conflits armés internationaux (CAI). Ce principe ne bénéficie pas d'une reconnaissance équivalente dans les situations de conflit armé non international (CANI), où au moins l'une des parties est un groupe armé non étatique. Le problème provient de l'absence d'une définition communément admise de ce principe en CANI, en raison de l'absence de *jus ad bellum* applicable dans de tels conflits. Le présent article constitue le résumé d'une thèse qui tente de remédier à ce problème en proposant que le principe se définit par deux éléments : la symétrie d'application et la symétrie de substance. Il présente cette définition telle qu'elle s'applique [aux ?]CAI et aux CANI, et soutient que, dans les CANI, ce principe se définit principalement par sa composante de symétrie de substance. Il explore également sa nature de principe général du DIH et en présente les effets. Enfin, il évalue en quoi différents obstacles, qu'ils soient propres au DIH ou à d'autres branches du droit international, ne remettent pas en question son existence ou sa pertinence.

* La présente publication constitue la synthèse d'une thèse défendue le 14 février 2025 à l'UCLouvain et publiée chez Bruylant. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026.

** Référénaire près la Cour de cassation de Belgique, chargé de cours à l'Université catholique de Lille.

ABSTRACT

The principle of equality of belligerents mandates that the rules of international humanitarian law (IHL) apply equally to each party in an armed conflict, regardless of the legality of their use of force under *jus ad bellum*. This principle has been extensively analysed in academic literature ; its importance is universally recognized and its legal foundations and effects are well defined. However, this is primarily true with respect to its application in international armed conflicts (IACs). In contrast, the principle does not receive equivalent recognition in situations of non-international armed conflict (NIAC), where at least one party is a non-State armed group. The issue arises from the lack of an accepted definition of the principle in NIACs, given the absence of any applicable *jus ad bellum* in such conflicts. The present paper summarises a PhD which tries to address this problem by proposing that this principle be defined by two elements : symmetry of application and symmetry of substance. It introduces this definition as it applies in IACs and NIACs, and argues that the principle in NIACs is primarily defined by its symmetry of substance component. It also explores the nature of the principle as a general principle of IHL and presents its effects. Finally, it assesses the extent to which various obstacles – whether specific to IHL or to other branches of international law – do not call into question its existence or relevance.

INTRODUCTION

Le principe d'égalité des belligérants s'inscrit dans le cadre du droit international humanitaire (ci-après, DIH), la branche du droit international qui régleme les conflits armés. Originellement, ce principe porte sur l'interaction entre cette branche, également désignée sous l'appellation latine *jus in bello*, et une autre branche du droit international, le *jus ad bellum*, qui s'applique dans les cas d'emploi de la force entre États. Le *jus in bello* régit le comportement des parties au conflit sur le terrain et institue des régimes de protection pour les victimes des conflits armés. Ces régimes sont principalement prévus dans la Convention de La Haye de 1907, les Conventions de Genève de 1949, leurs protocoles additionnels et le droit coutumier. Le *jus ad bellum* régit, quant à lui, l'emploi de la force entre États. Plus particulièrement, il prévoit une interdiction aux États de recourir à la force dans leurs relations mutuelles, tout en assortissant cette interdiction de deux exceptions : la légitime défense et l'autorisation donnée par le Conseil de Sécurité des Nations unies sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations unies d'user de « tous les moyens nécessaires » pour réaliser un mandat. Son

régime est aujourd'hui principalement prévu par la Charte des Nations unies et le droit coutumier ¹.

Il est traditionnellement affirmé que la relation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* consiste en une stricte indépendance ². Toute considération de *jus ad bellum* ne peut affecter l'application du *jus in bello* aux parties belligérantes à un conflit armé ³. En d'autres termes, le *jus in bello* régleme le comportement de chaque partie au conflit de la même manière et quelle que soit la légalité de leur recours à la force au regard de la Charte des Nations unies. Les belligérants appliquent donc le *jus in bello* de manière égale à leur comportement dans le cadre du conflit, c'est-à-dire indépendamment de leur comportement au regard du *jus ad bellum*. Le principe d'égalité des belligérants (ci-après, « le principe ») est ainsi établi. Il interdit pour les parties au conflit d'invoquer le caractère légal ou illégal de leur recours à la force pour refuser d'appliquer tout ou partie des règles de DIH. Par ailleurs, l'importance du principe fait consensus au sein de la doctrine ⁴. Il est ainsi décrit comme « central », « fondamental » ou encore comme un « dogme » au sein du DIH. Il constituerait le « paradigme de départ » de ce corps de droit et dominerait l'entièreté des « lois et coutumes de guerre ». Le développement de conflits armés récents ne cesse de montrer son importance comme en témoigne le rapport de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sur les différentes violations de droit international commises en Ukraine entre

¹ Les articles 51 et 42 de la Charte des Nations unies régissent respectivement les exceptions de légitime défense et de l'autorisation d'usage de la force par le Conseil de sécurité des Nations unies sur la base du chapitre VII de la Charte.

² Voy. not., K. OKIMOTO, *The distinction and relationship between jus ad bellum and jus in bello*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 3 ; M. SASSÒLI, *International Humanitarian Law Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2^e éd., Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 20-21 ; V. KOUTROULIS, *Les relations entre le jus contra bellum et le jus in bello : étanchéité absolue ou vases communicants ? L'indépendance en tant que caractéristique principale des relations entre le jus contra bellum et le jus in bello*, 2011, Bruxelles, Université libre de Bruxelles ; Y. DINSTEIN, « Comments on war », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2004, pp. 877-892, p. 881.

³ K. OKIMOTO, *The distinction and relationship between jus ad bellum and jus in bello*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 25-30 ; M. SASSÒLI, « Jus ad bellum and Jus in Bello — The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated? », in M.N. SCHMITT et J. PEJIC (ed.), *International Law and armed conflict: Exploring the faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 241-264, pp. 246-248 ; M. SASSÒLI, *International Humanitarian Law Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2^e éd., Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 20.

⁴ Voy. not. H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970 et V. KOUTROULIS, « And yet it exists: in defence of the "Equality of Belligerents" principle », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2013, pp. 449-472. Pour davantage de références, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 42-43.

février et avril 2022⁵. Malgré l'agression russe et l'illégalité de son recours à la force⁶, les forces armées ukrainiennes doivent respecter l'ensemble des dispositions de DIH applicables au conflit. Inversement, malgré la présentation de « l'opération spéciale » russe en Ukraine comme légitime, les forces armées russes doivent respecter les dispositions de DIH applicables au conflit qui l'oppose à l'Ukraine.

Le principe a été imaginé pour s'appliquer aux conflits armés internationaux (ci-après, CAI), c'est-à-dire les conflits armés entre États, entre organisations internationales ou entre un État et une organisation internationale. Aucun travail approfondi n'existe cependant concernant sa transposition en situation de conflit armé non international (ci-après, CANI), c'est-à-dire aux conflits armés auxquels une partie au moins est un groupe armé indépendant. Or, cette transposition est loin d'être évidente. En effet, il n'existe aucun *jus ad bellum* dans ce type de conflit, soit aucune réglementation en droit international du recours à la force d'un État sur son propre territoire. Les CANI sont donc caractérisés par l'absence d'un des deux éléments clés de la définition du principe. Sans s'être suffisamment interrogée sur les conditions de transposition ou de redéfinition du principe en CANI, la doctrine est particulièrement hétéroclite à son sujet dans de tels conflits. Plusieurs auteurs ont ainsi affirmé que le principe s'applique en CANI, sans plus de justification⁷. D'autres refusent cette éventualité mais n'offrent aucun raisonnement développé⁸. En l'absence d'une définition claire, la base légale du principe ne fait pas non plus l'objet d'un consensus établi. L'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève (ci-après, PAII) sont souvent cités mais aucune analyse approfondie ne vient étayer ces affirmations.

La plus grande confusion due à l'absence d'étude du principe en CANI concerne toutefois les différents effets qui lui sont attribués. Ces derniers ont vu leur nombre décupler et porter sur des questions fort différentes de celles qui intéressent le

⁵ W. BENEDEK, V. BÍLKOVÁ, et M. SASSÒLI, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, Varsovie, OSCE, 2022, pp. 4-5. Il est toutefois concédé que ce principe est parfois difficilement accepté ou compris par la partie ukrainienne au conflit, victime d'une agression de la part de la Russie.

⁶ La tentative d'invasion du territoire ukrainien de février 2022 par la Russie constitue un exemple frappant de la violation de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales prévue à l'article 2, § 4, de la Charte des Nations unies. Elle a par ailleurs été qualifiée comme telle par une résolution de l'assemblée générale des Nations unies. Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 2 mars 2022 Aggression contre l'Ukraine, 18 mars 2022, A/RES/ES-11/1, <https://tinyurl.com/7eun6huh>, consulté le 17 octobre 2025, § 2.

⁷ Voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 70-71.

⁸ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 70-73.

principe en CAI⁹. Par exemple, le principe est utilisé pour assurer la force obligatoire des règles de DIH aux groupes armés. Selon d'autres, le principe viserait à conférer des droits et devoirs en DIH équivalents à chaque partie au conflit. Ainsi, les groupes armés devraient être en mesure d'établir des cours et tribunaux ou bien être autorisés à détenir des membres des forces armées gouvernementales, de la même manière que les États contre lesquels ils luttent. Le principe aurait aussi pour effet, par exemple, d'octroyer aux groupes armés la possibilité de participer à l'élaboration du DIH coutumier, un privilège historiquement réservé aux États. Plus encore, il étendrait à des groupes armés le champ d'application de certaines règles prévues initialement pour s'appliquer à des États, ou permettrait d'appliquer des règles de droits de l'homme à ces mêmes groupes. Cette liste exemplative est symptomatique du chaos doctrinal qui entoure la question de l'application du principe en CANI.

Cette confusion contraste avec les positions communément admises en doctrine au sujet du principe dans les CAI : sa définition, sa base légale ou encore ses effets sont reconnus et acceptés dans de tels conflits. L'objectif de notre thèse a donc été, dans un premier temps, de clarifier le débat au sujet du principe dans les CANI et de présenter ses spécificités. Dans un second temps, elle a eu pour objectif de démontrer la viabilité du principe en CANI en proposant des outils et des pistes de solution afin de lever ou d'atténuer les obstacles à la reconnaissance et la mise en œuvre du principe dans ce type de conflit.

I. PROPOSITION DE DÉFINITION

A. Symétrie d'application

Comme présenté plus haut, en CAI, le principe interdit le recours à tout élément de discrimination issu de la légalité du recours à la force d'une partie au conflit, de même que de la légitimité de sa cause ou de l'origine du conflit pour refuser l'application ou le respect d'une règle de DIH. Il s'agit là de la définition acceptée du principe et reflétée dans le § 5 du préambule du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (ci-après PAI), soit sa base légale la plus explicite. En CANI, nous avons tenté de démontrer que la définition est identique, à ceci près que l'interdiction du recours à la force ne concerne pas les règles prévues dans la Charte des Nations unies, mais bien le droit interne des États, qui incrimine immanquablement les groupes armés qui prennent les armes contre eux. Ainsi, le principe interdit aux États de se prévaloir de leur droit interne pour refuser

⁹ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 195-213.

l'application des règles et garanties prévues en DIH dans le cadre du conflit qui les oppose à un ou plusieurs groupes armés¹⁰. Le raisonnement est identique pour un CANI opposant plusieurs groupes armés entre eux.

Cet aspect du principe relève de ce que nous avons dénommé la « symétrie d'application ». Les parties au conflit doivent en effet respecter/appliquer les règles de DIH, indépendamment de tout élément de discrimination susceptible d'être invoqué pour en justifier le non-respect/l'inapplication.

B. Autre symétrie ?

Parallèlement à la compréhension du principe en tant que symétrie d'application des règles de DIH, nous proposons de considérer un second type de symétrie. Il s'agit d'une *symétrie de substance* des règles de DIH. Pour une compréhension optimale, il convient tout d'abord de la présenter en CAI, avant de l'analyser en CANI. La symétrie de substance intervient en amont de la symétrie d'application et assure que les parties au conflit voient leur comportement réglementé par un ensemble de règles au contenu équivalent pour chacune¹¹. En d'autres termes, cette symétrie n'assure pas l'application égale des règles de DIH, mais bien leur caractère symétrique, identique pour chaque partie au conflit. Par conséquent, si deux États engagés dans un CAI sont parties à un traité de DIH, la symétrie de substance impose que les règles prévues dans ce traité soient identiques pour chacun d'eux. Ce concept de « symétrie de substance » doit toutefois être bien compris. Il n'impose pas que tous les États doivent être *liés* de manière symétrique par toutes les règles de DIH. Un État partie à un CAI peut avoir ratifié une convention de DIH alors que son adversaire n'a pas fait de même. Les États restent libres de ratifier ou non une convention ainsi que de devenir objecteur persistant à une règle coutumière en formation¹². Néanmoins, la symétrie de substance prévoit que, par défaut, les règles de droit international s'appliquent à tous les États parties au conflit et doivent être identiques pour chacun.

Cela étant dit, il n'apparaît pas que le principe en CAI prévoit de symétrie de substance des règles de DIH. En effet, les règles générales de droit

¹⁰ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 85-98.

¹¹ Pour la simple mention de cette idée en CAI, sans développement, voy. T.D. GILL, « Reconciling the Irreconcilable: Some Thoughts on Belligerent Equality in Non-international Armed Conflicts », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 51, 2020, pp. 343-357, p. 347.

¹² Le cas échéant, dans l'hypothèse où la règle coutumière concrétise son existence, elle liera tous les États, à l'exception des objecteurs persistants. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 326 et 327. Nous pouvons donc imaginer un scénario dans lequel un État objecteur persistant n'est pas lié par une règle de DIH, au contraire de l'État contre lequel il est engagé en CAI.

international, que ce soit dans la coutume ou les conventions multilatérales¹³, sont déjà élaborées de manière identique pour les États liés par la règle. Il s'agit là d'une évidence qui ne fait l'objet d'aucune discussion ou analyse particulière. On la retrouve notamment dans le principe de réciprocité des réserves en droit des traités¹⁴. À notre sens, cette symétrie de substance découle en grande partie de l'égalité souveraine des États, à la source du droit international¹⁵. En d'autres termes, par défaut, toute règle générale de droit international s'applique à tous les États et est identique pour chacun. Le caractère symétrique de ces règles n'est toutefois pas absolu. Les États peuvent y renoncer de manière explicite. Formellement, rien n'empêche les États de créer des règles asymétriques dans le cadre d'une convention bilatérale ou multilatérale, en attribuant de commun accord des obligations différentes à chacune des parties. Tel est le cas dans le domaine du droit de l'environnement¹⁶. Rien n'interdit non plus à des États de s'engager unilatéralement à respecter certaines obligations. Les États dérogent également au caractère symétrique des règles qui leur sont applicables lorsque leur caractère obligatoire ne les concerne pas (États non-parties à un traité ou objecteurs persistants d'une règle coutumière).

La symétrie de substance est donc évidente en droit international en vertu de l'égalité souveraine des États et se reflète dans les règles de DIH applicables dans des CAI entre États. Il est en revanche intéressant d'examiner les CAI dans lesquels l'égalité souveraine entre les parties au conflit n'est pas de mise. Par exemple, des conflits opposant des mouvements de libération nationale à des États ont vu la symétrie de substance explicitement affirmée, à la suite de leur qualification de CAI par le PAI¹⁷. Nous avons constaté que dans ce type spécifique de CAI, les États ont défendu le caractère symétrique des règles de DIH, non pas

¹³ Concernant la fonction des traités multilatéraux comme instaurant des règles générales et unifiées, voy. P. DAILLIER, M. FORTEAU, et A. PELLET, *Droit International Public*, 8^e éd., Paris, Lextenso, 2009, p. 183.

¹⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, 22 mai 1969, art. 21, § 1. Voy. égal. à ce sujet, concernant le DIH de manière spécifique, R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, New York, Port Melbourne, Madrid, Cape Town, Cambridge University Press, 2004, pp. 146-151.

¹⁵ L'importance de l'existence de règles symétriques en CAI pour chaque État a également été soulignée pour des considérations pratiques. M. SASSÒLI, « How will international humanitarian law develop in the future? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 104, n° 920-921, 2022, pp. 2052-2076, p. 2056.

¹⁶ Voy. par ex. G. BLUM, « On a differential law of war », *Harvard International Law Journal*, vol. 52, n° 1, 2011, pp. 163-218, p. 165.

¹⁷ Voy. art. 1, § 4, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). À notre connaissance, le seul groupe armé qui a été reconnu (par le ministre suisse des Affaires étrangères) comme mouvement de libération nationale est le Front Polisario, qui lutte contre le Maroc pour l'indépendance du Sahara occidental. Pour plus d'information, voy. K. FORTIN, « Unilateral Declaration by Polisario under API accepted by Swiss Federal Council », *Armed Groups and International Law*, 2015, <https://tinyurl.com/4esrkjfw>, consulté le 17 octobre 2025.

sur la base du principe d'égalité souveraine, mais bien sur la base du principe d'égalité des belligérants ¹⁸.

À la suite de ces observations en CAI, notre analyse de la pratique étatique a établi que la symétrie de substance du principe en CANI impose aux règles de DIH d'adopter un caractère symétrique ¹⁹. Nous avons en effet vu que les États ont été soucieux de garantir un contenu de règles identiques pour chaque partie au conflit aussi pour ce type de conflit. Cette symétrie vaut tant pour les droits que pour les obligations ²⁰. Ainsi, aucune asymétrie dans la formulation des règles ne peut dépendre de l'identité des parties au conflit (étatique ou non étatique). La définition de la symétrie de substance en CANI correspond donc à celle que le principe protège en CAI dans les guerres de libération nationale. En effet, comme dans ce type de conflit, les parties à un CANI ne bénéficient pas d'une égalité souveraine et la symétrie de substance des règles de DIH n'est plus assurée. Théoriquement, rien n'empêcherait les États de créer des règles asymétriques pour eux et les groupes armés. Le principe compense donc l'absence d'égalité souveraine pour les groupes armés afin de garantir l'existence de règles symétriques de DIH à toutes les parties au conflit. Par ailleurs, il convient de noter la différence d'importance en CANI entre la symétrie d'application et la symétrie de substance. Nous avons vu que la première n'a pas attiré l'attention des États en CANI, tandis que la seconde a été défendue à de nombreuses reprises au cours de la rédaction des instruments de DIH applicables dans ce type de conflit ²¹. Nous considérons donc que le principe se définit en priorité comme une symétrie de substance en CANI, et comme une symétrie d'application en CAI.

De plus, comme présenté pour les CAI, la symétrie de substance n'est pas absolue. Les parties au conflit peuvent, selon nous, toujours consentir ensemble à l'établissement de règles asymétriques. Ainsi, le principe n'interdit pas qu'un accord spécial au sens de l'article 3 commun impose des règles

¹⁸ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 59-66.

¹⁹ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 166-175.

²⁰ Voy. dans ce sens, Comité International de la Croix-Rouge, *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts Report prepared for the 32nd international conference of the red cross and red crescent*, n° 32IC/15/11, Genève, 2015, <https://tinyurl.com/bdcwhppa>, consulté le 17 octobre 2025, p. 14. « IHL aim[s] [to lay] down the same rights, — and of course, obligations — for all parties to a conflict. » Voy. contra, F. MÉGRET, « Detention by Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: International Humanitarian Law, International Human Rights and the Question of Right Authority », in E. HEFFES, M.D. KOTLIK et M.J. VENTURA (ed.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2020, pp. 169-194, p. 189.

²¹ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 106-113 et 121-166.

différentes pour chaque partie au conflit²². De même, une partie au conflit peut unilatéralement consentir au respect de règles plus contraignantes pour son comportement, en l'absence d'obligations correspondantes à charge de son adversaire. C'est le cas, par exemple, d'un groupe armé qui s'engage à ne pas utiliser de mines antipersonnel²³, alors que l'État contre lequel il lutte n'a pas ratifié la Convention d'Ottawa interdisant l'utilisation de ces mines²⁴. Il en va de même pour les États qui établissent des conventions applicables en CANI mais qui ne prévoient d'application qu'à chacun des États parties à cette convention, à l'exclusion des groupes armés. Il s'agit par exemple de certains traités de désarmement²⁵. Deux remarques doivent cependant être formulées à cet égard. Premièrement, il convient de noter que, dans ces hypothèses, le consentement des parties au conflit est primordial. Ainsi, des États peuvent convenir d'interdire l'usage d'une arme en particulier entre eux, sans inclure les groupes armés dans le champ d'application de cette convention. En revanche, cette même convention ne pourrait interdire uniquement à des groupes armés d'utiliser cette arme, sans obligation identique applicable aux États. De telles conventions font par ailleurs figure d'exception, les États préférant éviter de se retrouver liés de manière unilatérale à des obligations face à un groupe armé qui ne le serait pas. Deuxièmement, il convient de souligner que les parties ne peuvent unilatéralement consentir qu'à des obligations/des

²² Voy. par ex., l'accord spécial entre les Philippines et le groupe armé du front national démocratique des Philippines qui prévoit en préambule : « *Realizing the necessity and significance of assuming separate duties and responsibilities for upholding, protecting and promoting the principles of human rights and the principles of international humanitarian law* ». Il est également prévu dans l'article 1 de la partie VI : « *The Parties shall continue to assume separate duties and responsibilities for upholding, protecting and promoting human rights and the principles of [IHL] in accordance with their respective political principles, organizations and circumstances until they shall have reached final resolution of the conflict* », Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law between the Government of the Republic of the Philippines and the National Democratic Front of the Philippines, 16 mars 1998 (nous soulignons).

Par ailleurs, de nombreuses obligations sont imposées aux Philippines, sans réciprocité de la part du groupe armé (voy. par ex. art. 6, 7, 8, 11 et 12 de la partie III sur les droits de l'homme et art. 7 et 8 de la partie IV sur le DIH). Bien que la partie III porte sur les droits de l'homme, considérés comme applicables uniquement aux États, l'accord précise qu'ils doivent être respectés par les deux parties au conflit. Les articles cités de cette partie prévoient donc bien des règles asymétriques.

²³ Voy. par ex., l'acte d'engagement proposé par l'ONG de l'appel de Genève sur l'interdiction d'utilisation des mines antipersonnel, disponible au lien suivant, consulté le 17 octobre 2025 : <https://tinyurl.com/bde2vjy8>.

²⁴ Notons que la définition des mines antipersonnel diffère entre l'acte d'engagement et la Convention d'Ottawa, ce que certains groupes armés ont critiqué. Cela ne pose toutefois pas de problème à la symétrie de substance du principe puisque les groupes armés ont consenti à des obligations plus exigeantes. S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 243-244.

²⁵ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 181-184.

contraintes sans exiger de réciprocité de leur adversaire²⁶. Une partie au conflit ne peut unilatéralement s'octroyer des droits/des prérogatives que la partie adverse ne posséderait pas²⁷. Par exemple, le principe interdit qu'une convention octroie aux seuls États le droit de détenir des membres des forces armées adverses en CANI sans offrir la même possibilité pour les groupes armés.

Il est toutefois important de préciser que le principe ne constitue pas un équivalent au principe d'égalité souveraine des États et n'offre pas à la partie non étatique au conflit de statut comparable à celui d'un État. Le principe, tout comme le DIH, est de nature pragmatique. Il tire son importance et sa pertinence de l'existence d'une situation de conflit entre plusieurs acteurs. Dans un tel contexte, le seul moyen de réglementer la violence est de poser la base selon laquelle les règles sont identiques pour les parties au conflit. Il ne s'agit pas de reconnaître une égalité de statut aux différentes parties au conflit²⁸. Ainsi,

« [...] [L]'inégalité des Parties au conflit au regard du droit interne et, le cas échéant, au regard du droit international général ne fait pas obstacle à leur égalité au regard des règles contenues dans l'article 3 [commun], qui confère à toutes les parties des droits et des obligations identiques. Il n'y a pas lieu

²⁶ La Cour internationale de justice, dans son arrêt sur les essais nucléaires, ne mentionne que la possibilité de se lier unilatéralement à des obligations. C.I.J., 20 décembre 1974, *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, §§ 46-47. Il en va de même pour les principes directeurs établis par la Commission du droit international sur le sujet, sur la base de cet arrêt. *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, Commission du droit international, 2006.

²⁷ En droit international général, une déclaration unilatérale octroyant des droits à son émetteur peut, au mieux, s'inscrire dans une pratique menant à la création d'une règle coutumière. Tel a été le cas de la déclaration du Président Truman sur les droits d'exploitation des ressources du plateau continental qui a été le point de départ du développement d'une règle coutumière à ce sujet. Voy. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 442. En DIH, si une règle coutumière devait advenir à la suite d'une pratique issue de déclarations unilatérales octroyant des droits à son émetteur, cette règle deviendrait symétrique par l'effet du principe.

²⁸ E. HEFFES, « Detention by Armed Opposition Groups in Non-International Armed Conflicts: Towards a New Characterization of International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, 2015, vol. 20, n° 2, pp. 229-250, p. 239 ; F. MÉGRET, « Detention by Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: International Humanitarian Law, International Human Rights and the Question of Right Authority », in E. HEFFES, M.D. KOTLIK et M.J. VENTURA (ed.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2020, p. 178 ; J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, pp. 655-690, p. 663 ; M. GAVRILOVA, « Administrative Detention by Non-State Armed Groups: Legal Basis and Procedural Safeguards », *Israel Law Review*, vol. 53, n° 1, 2020, pp. 35-70, p. 43 ; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 245 ; Z. DABONÉ, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 2, 2011, pp. 85-118, p. 116 ; *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess Médias Juridiques, 2012, p. 300.

de s'en étonner. En effet, l'expérience et le simple bon sens démontrent que toute solution contraire restera lettre morte, puisqu'aucune des Parties au conflit n'acceptera de se reconnaître liée par un régime juridique qui serait discriminatoire à son endroit ²⁹ ».

II. LES BASES LÉGALES

En ce qui concerne la symétrie d'application du principe en situation de CANI, une analyse attentive des sources du DIH nous a amené à conclure quant à l'inexistence d'une base légale coutumière ou conventionnelle qui pourrait la fonder ³⁰. En revanche, nous soutenons que cette facette du principe en tant que symétrie d'application possède la même importance en CANI qu'en CAI ³¹. Nous avons en effet déterminé que la symétrie d'application du principe s'adapte aux particularités des CANI. Ainsi, selon nous, la symétrie d'application du principe assume une fonction normative en tant que principe général du DIH. Nous avons en effet démontré que la pratique des États ne remet pas en question cette règle non écrite. Cet ancrage lui permet de se concrétiser dans l'obligation de respecter un comportement précis dont le champ d'application s'étend à toute règle de DIH. Nous estimons ici que le principe fait office de « règle » en ce qu'il impose un comportement bien défini ³². Le principe revêt un aspect normatif contraignant et impose une obligation par lui-même, soit celle d'interdire l'usage d'éléments de discrimination dans l'application du DIH. Son importance est également évidente. De la même manière qu'en CAI, son absence permettrait aux parties au conflit de refuser unilatéralement d'appliquer les règles de DIH en CANI. Cette attitude conduirait à une spirale négative de non-respect ainsi que, à terme, à l'effondrement de ce corps de règles, rendu inutile en pratique.

²⁹ F. BUGNION, *Le Comité International de la Croix-Rouge et la Protection des Victimes de la Guerre*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1986, p. 479.

³⁰ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 98-113.

³¹ Le caractère fondamental de la symétrie d'application du principe en CANI a déjà été défendu à certaines occasions, bien que par mimétisme par rapport aux CAI. Voy. par ex. Inter-American Commission on Human Rights, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Report 55/97 Case 11.137, § 173 ; Special Court for Sierra Leone (ch. app.), 28 mai 2008, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Cas n° SCSL-04-14-A, §§ 530 et 531. Voy. égal. N. MELZER, *International Humanitarian Law A Comprehensive Introduction*, Genève, CICR, 2019, p. 17.

³² R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 57 ; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 8^e éd., Londres, Duckworth, 1996, pp. 22 et 26. La Commission du droit international a par ailleurs reconnu que des principes généraux du droit international pouvaient consister en des obligations primaires et substantielles. *Rapport de la Commission du droit international Soixante-quatorzième session (24 avril-2 juin et 3 juillet-4 août 2023)*, n° A/78/10, 2023, <https://tinyurl.com/2drfchcy>, consulté le 17 octobre 2025, p. 33.

La symétrie de substance, quant à elle, ne fait pas non plus l'objet de règle conventionnelle ou coutumière et on ne recense que très peu de pratique étatique qui la reconnaît de manière explicite. En revanche, force est de constater que les règles de DIH, à peu d'exceptions près, sont toutes symétriques, que leur nature soit conventionnelle ou coutumière. La symétrie de substance possède donc une omniprésence discrète au sein du DIH. Il ne fait à notre sens aucun doute que le principe, compris comme symétrie de substance, s'inscrit également dans une logique de principe général du DIH. Au-delà de son appellation en tant que « principe », qui constitue une indication sur sa nature, nous avons observé qu'il s'est retrouvé exprimé à toutes les étapes du développement du *jus in bello* moderne applicable en CANI³³. Nous avons en effet étudié sa confirmation dans les instruments conventionnels applicables en CANI et leurs travaux préparatoires, ainsi que dans les règles coutumières recensées dans l'étude du CICR de 2005. De plus, la doctrine³⁴ considère le principe en CANI, compris en tant que symétrie de substance, comme « central »³⁵, « principe de base »³⁶, « paradigme de départ »³⁷, « fondamental »³⁸, un « dogme » au sein du DIH³⁹ ou une de ses « pierres angulaires » (*corner*

³³ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 75-83.

³⁴ Il importe de préciser que les auteurs cités dans les notes suivantes effectuent une référence implicite au principe compris en tant que symétrie de substance et non comme symétrie d'application.

³⁵ G. WASCHFERT, *International Law and Child Soldiers*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, pp. 79 et 88 ; M. KLAMBERG, « The legality of Rebel Courts during Non-International Conflicts », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, n° 2, 2018, pp. 235-263, pp. 236 et 240 ; Y. SHERESHEVSKY, « Armed Conflict Classification in the ICC Prosecutor's Request for Arrest Warrants – Between International Humanitarian Law and International Criminal Law », *Just Security*, 2024, <https://tinyurl.com/2hw2j6eb>, consulté le 17 octobre 2025.

³⁶ R. PROVOST, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with the Laws of War », in B. PERRIN (ed.), *Modern Warfare Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2012, pp. 17-42, p. 37.

³⁷ Z. DABONÉ, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess Médias Juridiques, 2012, p. 300.

³⁸ E.D. WARNER, J. SOMER, et P. BONGARD, « Armed Non-State Actors and Humanitarian Norms », in B. PERRIN (ed.), *Modern Warfare Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2012, pp. 73-86, p. 81 ; F. KALSHOVEN et L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War*, 4^e éd., Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Delhi, Tokyo, Mexico City, Cambridge University Press, 2011, p. 2 ; G. WASCHFERT, *International Law and Child Soldiers*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, p. 88 ; S. SIVAKUMARAN, « Re-envisioning the international law of internal armed conflict », *The European Journal of International Law*, vol. 22, n° 1, 2011, pp. 219-264, p. 241 ; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 95, 242-243. Voy. égal. le principe décrit comme « *foundational notion of international humanitarian law* », in R. PROVOST, *Rebel courts: the administration of justice by armed insurgents*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 144.

³⁹ J.K. KLEFFNER, « The unilateralization of international humanitarian law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 104, n° 920-921, 2022, pp. 2153-2169, p. 2161 ; L. DOSWALD-BECK, « Judicial Guarantees under Common Article 3 », in A. CLAPHAM, P. GAETA, et M. SASSOLI (ed.), *The 1949 Geneva Conventions A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 469-494,

stone⁴⁰). Le CICR considère lui-même que le principe « *underlies the law of armed conflict* »⁴¹.

Toutefois, la symétrie de substance du principe n'impose pas en elle-même de conduite bien définie aux parties au conflit. Elle indique plutôt un idéal, une direction, sans requérir d'action ou d'inaction particulières de la part des destinataires des différentes règles de DIH. Il s'agit en quelque sorte d'une règle secondaire du DIH, qui détermine comment les règles primaires doivent être créées et interprétées. Cette caractéristique confirme sa nature de « principe » au sens strict, en opposition aux « règles », qui imposent un comportement spécifique à leurs destinataires⁴². Nous ne pensons en effet pas que le principe restreigne les États en tant que « législateurs » dans la création de nouvelles normes de DIH. Le principe ne pourrait interdire aux États de créer des règles de DIH asymétriques s'ils le souhaitent, tout comme le principe d'égalité souveraine n'impose pas en soi le caractère symétrique des règles de droit international. Conclure de la sorte reviendrait à attribuer à ces principes le caractère de norme de *jus cogens*, ce que nous ne pensons pas qu'ils revêtent⁴³. Un traité proposant de différencier ses règles sur la base de la taille de la population ou du produit intérieur brut de l'État partie, sans justification substantielle, ne serait pas nul de plein droit car en conflit avec une règle de *jus cogens*. En revanche, la nécessité pratique de créer des règles symétriques découle de manière évidente du principe d'égalité souveraine. Ce traité fictif pourrait exister de manière formelle mais aurait peu de chance d'obtenir une adhésion de la communauté internationale ou même une quelconque

pp. 488 et 494 ; M. SASSOLI et Y. SHANY, « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 2, 2011, pp. 119-139, p. 121 ; P.C. NTIZIMIRE, *La détention dans les conflits armés non internationaux Base légale, motif et garanties procédurales*, Limal, Anthemis, 2022, p. 57.

⁴⁰ A. CHEHTMAN, « Occupation courts, jus ad bellum considerations, and non-state actors : revisiting the ethics of military occupation », *Legal Theory*, vol. 21, 2015, pp. 18-46, p. 19 ; J. PEJIC, « Armed Conflict and Terrorism : There is a (big) Difference », in A.M.S. DE FRIAS, K.L.H. SAMUEL et N.D. WHITE (ed.), *Counter-Terrorism International Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 171-204, p. 173 (note 3).

⁴¹ Comité International de la Croix-Rouge, *International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent*, n° 03/IC/09, Genève, 2003, <https://tinyurl.com/2v3tzphz>, consulté le 17 août 2025, p. 19.

⁴² J. RAZ, « Legal Principles and the limits of Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 81, n° 5, 1972, pp. 823-854, p. 841 ; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 57 ; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 8^e éd., Londres, Duckworth, 1996, pp. 22 et 26.

⁴³ Les normes de *jus cogens* ont pour effet de rendre nul tout traité conclu en contradiction avec elles. Voy. art. 53 et 64, Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour plus d'informations sur la nature et les effets des normes de *jus cogens*, voy. entre autres M.N. SHAW, *International Law*, 9^e éd., Cambridge, New York, Port Melbourne, New Delhi, Singapore, Cambridge University Press, 2021, pp. 105-109. Pour des développements substantiels relatifs au concept de *jus cogens*, voy. R. KOLB, *Théorie du Jus Cogens International*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

effectivité. Les États refuseraient, en tant qu'égaux, de se voir appliquer des règles asymétriques. De même, le principe d'égalité des belligérants informe le législateur sur la nature du DIH en tant que branche de droit qui réglemente une situation de conflit entre différents acteurs. Dans ce cadre, proposer des règles symétriques pour toutes les parties au conflit est un présupposé nécessaire à leur effectivité et à leur acceptation par les parties au conflit⁴⁴. Aucune d'entre elles ne tolérerait de se retrouver liée par des règles plus exigeantes que son adversaire. Nous avons vu à cet égard le soin que les États ont apporté pour créer en CANI des règles symétriques, applicables à chaque partie au conflit⁴⁵. Il ne s'agit pas là de reconnaître que les belligérants possèdent une égalité de statut. Il s'agit d'une mesure pragmatique essentielle pour assurer la viabilité et les conditions d'existence d'un respect mutuel de ces règles par les parties au conflit. Sans règles symétriques, il est impossible de réglementer de manière efficace la violence en situation de conflit armé. On peut donc proposer que l'objectif du principe soit de permettre la mise en place d'une certaine dynamique sociologique de réciprocité entre les parties au conflit. En effet, l'effectivité du DIH est en grande partie conditionnée par le respect (ou le non-respect) par les parties au conflit de leurs obligations respectives⁴⁶ et à notre sens, cette dynamique sociologique ne peut entraîner de cercle vertueux d'observance de règles de DIH que si le caractère symétrique des règles imposées à chaque partie au conflit est assuré⁴⁷.

De ce point de vue, le principe se rapproche de la nature des principes de nécessité militaire et d'humanité, également propres au DIH⁴⁸. Le principe dispose en effet de la même généralité que ces principes en ce qu'il informe le législateur sur la nature des règles et le guide dans la création de nouvelles normes⁴⁹. Ainsi interprété, nous considérons le principe comme « constitutionnel » au sein

⁴⁴ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 193-195.

⁴⁵ P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 121-166.

⁴⁶ Voy. à ce sujet P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 20-22.

⁴⁷ Voy. à ce sujet P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 193-195.

⁴⁸ Le principe se rapproche ainsi de la notion de « fondation » du DIH. Voy. dans ce sens, J. VAN DEN BOOGAARD, « Principles of International Humanitarian Law: A New Framework », in S. SIVAKUMARAN et C.R. BURNE (ed.), *Making and Shaping the Law of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 2024, pp. 63-73, pp. 65-67 (spéc. p. 67).

⁴⁹ Concernant la fonction de développement des principes généraux du droit international, voy. J. RAZ, « Legal Principles and the limits of Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 81, n° 5, 1972, pp. 840 et 841 ; K. STEFANIK, « The Environment and Armed Conflict Employing General Principles to Protect the Environment », in C. STAHN, J. IVERSON et J. S. EASTERDAY (ed.), *Environmental Protection and Transitions from Conflicts to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 93-118, p. 102 ; M.C. BASSIOUNI, « A Functional Approach to "General Principles of International Law" », *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 3, 1990, pp. 768-818, pp. 777-778.

du DIH⁵⁰. Y déroger reviendrait à ne pas respecter l'essence même du DIH. De plus, en tant que principe constitutionnel, il est normal de le retrouver exprimé dans la quasi-totalité des règles de DIH sans qu'aucune d'entre elles ne le mentionne. Sa nature de principe explique également pourquoi certaines exceptions sont acceptées, telles que celles qui impliquent le consentement des parties au conflit à des règles asymétriques. Elle permet également de lui faire conserver sa pertinence même lorsque certaines règles ne respectent pas la symétrie de substance⁵¹.

Cela étant dit, nous pensons que le principe se différencie des principes de nécessité militaire et d'humanité sur certains aspects. Chaque règle de DIH est en effet présentée comme constituant un équilibre entre le principe de nécessité militaire d'une part et le principe d'humanité d'autre part⁵². Ils représentent des curseurs que l'on peut ajuster pour adapter chaque règle de DIH à la nécessité militaire et aux impératifs humanitaires. Le principe d'égalité quant à lui n'est pas aussi diffus. Le principe est de nature plus « binaire ». Le caractère (a)symétrique des règles de DIH informe immédiatement sur son respect. Une règle est symétrique ou ne l'est pas. En comparaison, les principes de nécessité militaire et d'humanité consistent davantage en deux forces opposées qu'il convient d'équilibrer au sein de chaque règle de DIH. Le principe informe donc non pas tellement le contenu de chaque règle mais bien la forme qu'elle doit prendre pour être effective et s'insérer au sein de l'architecture de cette branche de droit. Le principe rappelle les valeurs fondamentales du DIH qui sont de réglementer la violence entre les parties d'un conflit armé et précise qu'il n'est possible de

⁵⁰ Pour un aperçu du principe de nécessité militaire en tant que principe « constitutionnel » du DIH et sur son influence dans la création de ce droit, voy. R. KOLB, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle », in *Colloque de Grenoble La nécessité en droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp. 151-186, pp. 157-158 ; *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 83. Pour un aperçu du pouvoir codificateur du principe de nécessité militaire sur le droit des conflits armés entre 1863 et 1954, voy. E. HENRY, *Le Principe de nécessité militaire Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 2016, pp. 225-270.

⁵¹ Voy. par ex., les règles 141 et 143 de l'étude du CICR sur le DIH coutumier. Pour une analyse du caractère asymétrique à notre sens injustifié de ces règles voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 186-187.

⁵² Voy. par ex., E. HENRY, *Le Principe de nécessité militaire Histoire et actualité d'une norme fondamentale du droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 2016, pp. 104-105 ; J. PICTET, *Le Droit humanitaire et la Protection des Victimes de la guerre*, Leiden/Genève, A. W. Sijthoff International Publishing Company, 1973, p. 30 ; M.N. SCHMITT, « Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance », *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n° 4, 2010, pp. 795-839, p. 798 ; N. MELZER, « Targeted killing or less harmful means? — Israel's High Court judgment on targeted killing and the restrictive function of military necessity », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 9, 2006, pp. 87-113, p. 100 ; R. KOLB, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA., Edward Elgar Publishing, 2014, p. 77.

remplir cet objectif que si la condition de symétrie est remplie. Il possède donc une portée à la fois courte et étendue. Courte, car le principe ne se soucie que du caractère symétrique des règles. Étendue, car le principe rappelle en toile de fond les éléments de base du DIH pour qu'il ait la moindre chance de conserver un caractère réaliste. C'est pour ces raisons que nous considérons que le principe remplit une fonction constitutionnelle au sein du DIH, bien que différemment des principes d'humanité et de nécessité militaire.

Enfin, à notre sens, tout comme les autres principes généraux du DIH, le principe en tant que symétrie de substance possède également une fonction interprétative. Il permet d'interpréter les normes de DIH comme s'adressant de manière symétrique à chaque partie. Les vertus interprétatives du principe permettent donc de rendre symétriques des règles de DIH qui ne le sont pas explicitement au départ⁵³. Les principes généraux du DIH informent le DIH dans son ensemble. Il est donc impératif de pouvoir les mobiliser afin de préciser le contenu d'une règle et d'assurer la cohérence de cette branche du droit international⁵⁴.

III. LES EFFETS

Les effets du principe sont peu nombreux mais fondamentaux. Dans son volet de symétrie d'application, il interdit à une partie au conflit d'invoquer un élément de discrimination pour refuser d'appliquer tout ou partie des règles de DIH. Ainsi, le principe interdit aux parties au conflit d'invoquer un argument tiré du droit interne, de la légitimité de leur cause ou de l'origine du conflit afin de refuser l'application ou le respect d'une règle de DIH. Par exemple, la symétrie d'application du principe est utilisée afin de proscrire l'attribution du statut de civil dans certaines situations⁵⁵. Il a ainsi été proposé que les membres de forces multinationales engagés dans un conflit doivent être protégés comme des civils, le cas échéant participant directement aux hostilités, sous prétexte qu'ils représentent

⁵³ Pour une application des effets interprétatifs du principe, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 196-208 et 217-234.

⁵⁴ J. RAZ, « Legal Principles and the limits of Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 81, n° 5, 1972, pp. 839-840 ; K. STEFANIK, « The Environment and Armed Conflict Employing General Principles to Protect the Environment », in C. STAHN, J. IVERSON et J. S. EASTERDAY (ed.), *Environmental Protection and Transitions from Conflicts to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 100-101 ; M.C. BASSIOUNI, « A Functional Approach to "General Principles of International Law" », *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 3, 1990, pp. 776-777 ; M. SASSÖLI, *International Humanitarian Law Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2^e éd., Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 57.

⁵⁵ B. MAGANZA, « From Peacekeepers to Parties to the Conflict: An IHL's Appraisal of the Role of UN Peace Operations in NIACs », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 25, n° 2, 2020, pp. 209-236, pp. 220.

la communauté internationale⁵⁶. Or, ces individus sont des membres des forces armées. Leur attribuer le statut de civil implique qu'ils sont protégés contre les attaques, sauf lorsqu'ils participent directement aux hostilités, pour la durée de cette participation⁵⁷. Une telle solution constituerait une application inégale du DIH aux parties au conflit et en menacerait son respect sur le terrain⁵⁸. Les membres des forces armées de la partie adverse peuvent en effet être ciblés en tout temps. La symétrie d'application du principe permet donc en CANI d'interdire une application inégale du DIH sur la base de la légitimité des parties au conflit, soit ici l'appartenance à des forces multinationales.

Les effets de la symétrie de substance du principe sont quant à eux discrets mais omniprésents et peuvent se manifester de nombreuses manières. La doctrine a déjà identifié la fonction interprétative du principe⁵⁹ et la jurisprudence l'a déjà mise en œuvre dans certaines situations. Cette fonction est par exemple pertinente lors de la transposition d'une règle de DIH applicable en CAI à un contexte de CANI. Le principe rappelle alors que cette règle s'applique tant à la partie étatique que non étatique, ce qui peut avoir pour effet de modifier son contenu. La règle en CANI est alors différente de son homologue en CAI mais reste symétrique pour chaque partie au conflit. En effet, des règles prévues pour s'appliquer à des États peuvent ne pas convenir à des groupes armés. Dans cette idée, la transposition en CANI de la responsabilité du supérieur hiérarchique par le TPIY dès 2003⁶⁰ s'est trouvée sous les feux de la critique pour manque de réalisme. Elle posait problème au regard du principe⁶¹.

En effet :

« [Les responsables de groupes armés] ont généralement un contrôle moindre sur leurs membres que des commandants d'armées régulières. Plus encore, ne

⁵⁶ W.G. SHARP, SR., « Protecting the Avatars of International Peace and Security », *Duke journal of Comparative & International Law*, vol. 7, n° 93, 1996, pp. 93-184, pp. 163-164.

⁵⁷ Comité International de la Croix-Rouge, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 2010, <https://tinyurl.com/yc8af4ub>, consulté le 17 octobre 2025, pp. 68-71. Notons que la participation directe aux hostilités s'étend aux actes préparatoires, ainsi qu'aux phases de déploiement et de repli.

⁵⁸ T. FERRARO, « The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 95, n° 891/892, 2013, pp. 561-612, p. 606. Voy. égal. D. AKANDE, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts », in E. WILMSHURST (ed.), *International law and the classification of conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 32-79, p. 69.

⁵⁹ E. HEFFES, M.D. KOTLIK, et B.E. FRENKEL, « Addressing Armed Opposition Groups through Security Council Resolutions: A New Paradigm? », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 18, 2014, pp. 32-67, pp. 61 et 62.

⁶⁰ TPIY (ch. app.), 16 juillet 2003, *Hadžihasanović et Kubura*, IT-01-47-AR72, §§ 11-31.

⁶¹ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, p. 669 ; M. SASSÖLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 5-51, p. 16.

disposant pas de ressources similaires à un État, les groupes armés peuvent se trouver dans l'incapacité juridique de punir ceux de leurs membres qui ont commis des violations. Or, la responsabilité du supérieur comprend celle de réprimer des violations commises par des subordonnés. Il aurait donc été opportun que le jugement suscité précise la nécessité de prendre en compte ces différences de fait au moment d'appliquer cette nouvelle règle, il n'en dit cependant pas un mot ⁶² ».

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que la décision du TPIY concernait uniquement les troupes étatiques engagées dans un CANI. Les auteurs de doctrine supposent néanmoins qu'après sa transposition en CANI, cette règle doit également s'appliquer à des groupes armés, sur la base du principe.

La fonction interprétative du principe est aussi évidemment pertinente pour considérer comme symétriques des notions de DIH propres à ce corps de droit. L'interprétation du jugement du TPIY dans l'affaire *Čelebići*, qui a précisé la définition de la torture en DIH ⁶³, constitue un excellent exemple. Dans cette affaire, le tribunal a intégré au sein du DIH la définition de la torture prévue dans la Convention contre la torture de 1984 ⁶⁴. Toutefois, cette définition ne s'applique qu'aux États ⁶⁵. Dans le respect du principe, le tribunal a donc modifié son champ d'application afin d'inclure les groupes armés ⁶⁶. Dans cette même idée, il a déjà été suggéré, sur la base du principe, que les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies concernant ou établissant des obligations en DIH devraient viser tant les groupes armés que les États ⁶⁷. Toujours sur la base du principe, il a également été soutenu que, si le concept de représailles venait à être appliqué en

⁶² M. SASSÖLI et J. GRIGNON, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », in B. ABDELWAHAB et P. TAVERNIER (dir.), *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 133-154, pp. 147 et 148. Voy. égal. M. SASSÖLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2010, p. 16.

⁶³ TPIY (ch. 1^{re} inst.), 16 novembre 1998, *Čelebići*, IT-96-21-T, § 473. Voy. égal. dans le même sens, TPIY (ch. 1^{re} inst.), 10 décembre 1998, *Furundžija*, IT-95-17/1-T, § 162.

⁶⁴ Art. 1, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984.

⁶⁵ La définition de cette Convention prévoit en effet que seul « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » peut être auteur d'un acte de torture.

⁶⁶ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, p. 664. Voy. égal., sur l'imposition du caractère symétrique de l'interdiction de la torture pour les États et les groupes armés, R. CRYER, « The Interplay of Human Rights and Humanitarian Law: The Approach of the ICTY », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n° 3, 2010, pp. 511-527, pp. 522-523.

⁶⁷ E. HEFFES, M.D. KOTLIK, et B.E. FRENKEL, « Addressing Armed Opposition Groups through Security Council Resolutions: A New Paradigm? », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 18, 2014, p. 63.

CANI pour les États, il devrait également l'être pour les groupes armés⁶⁸. Dans le cadre de l'élaboration de nouvelles normes en CANI, la doctrine a confirmé ce que nous avons observé dans la pratique des États⁶⁹, à savoir qu'en cas de création d'un droit de détenir en CANI, celui-ci devrait concerner tant les États que les groupes armés⁷⁰.

Enfin, après avoir examiné plusieurs applications de la fonction interprétative du principe identifiées dans des contextes propres au DIH, nous souhaitons formuler quelques remarques concernant le champ d'application du principe⁷¹. Dans un premier temps, il convient de reconnaître que plusieurs auteurs estiment que le principe ne s'applique qu'en DIH, à l'exclusion de toute autre branche de droit⁷². Cela étant dit, dans un second temps, nous avons déterminé que la raison d'être

⁶⁸ J. DE HEMPTINNE, « Prohibition of Reprisals », in A. CLAPHAM, P. GAETA, et M. SASSÖLI (ed.), *The 1949 Geneva Conventions A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 575-596, p. 590.

⁶⁹ Voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 162-166 au sujet de la pratique étatique récente concernant la symétrie de substance du principe en CANI.

⁷⁰ Voy. dans ce sens A. CLAPHAM, « Detention by Armed Groups under International Law », *International Law Studies*, vol. 93, 2017, pp. 1-44, pp. 2, 6 et 8 ; A. QUINTIN, *The Nature of International Humanitarian Law A Permissive or Restrictive Regime ?*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 201, 202 et 204 ; E. HEFFES, *Detention by Non-State Armed Groups under International Law*, Cambridge, New York, Port Melbourne, New Delhi, Singapore, Cambridge University Press, 2022, p. 13 ; F. MÉGRET, « Detention by Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflicts: International Humanitarian Law, International Human Rights and the Question of Right Authority », in E. HEFFES, M.D. KOTLIK et M.J. VENTURA (ed.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2020, p. 175 ; J.J. NIYO, « Non-State Armed Groups and the Power to Detain in Non-International Armed Conflict », *Israel Law Review*, vol. 53, 2020, pp. 3-33, pp. 17-18 ; M. SASSÖLI, *International Humanitarian Law Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, 2^e éd., Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 649-650 ; M. GAVRILOVA, « Administrative Detention by Non-State Armed Groups: Legal Basis and Procedural Safeguards », *Israel Law Review*, vol. 53, n° 1, 2020, pp. 44 et 56 ; Z. DABONÉ, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 2, 2011, pp. 107 et 108 (implicitement) ; *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess Médias Juridiques, 2012, pp. 286 et 297.

Il est également proposé qu'en cas de légalisation de la détention en CANI, les motifs de détention ne puissent être plus restrictifs pour les groupes armés que pour les États, sur la base du principe. M. GAVRILOVA, « Administrative Detention by Non-State Armed Groups: Legal Basis and Procedural Safeguards », *Israel Law Review*, vol. 53, n° 1, 2020, p. 63.

⁷¹ Voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 368-385 au sujet de l'interaction entre le principe et les droits de l'homme.

⁷² J.-M. HENCKAERTS et C. WIESENER, « Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups : An Assessment Based on Recent Practice », in E. HEFFES, M.D. KOTLIK et M.J. VENTURA (ed.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors Debates, Law and Practice*, La Haye, Springer, 2020, pp. 195-227, p. 202 ; M. SASSÖLI, « How to develop international humanitarian law taking armed groups into account? », *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 60, n° 1, 2022, pp. 71-88, p. 72 ; M. GAVRILOVA « Administrative Detention by Non-State Armed Groups: Legal Basis and Procedural Safeguards », *Israel Law Review*, vol. 53, n° 1, 2020, p. 43 ; R. VAN STEENBERGHE, « The impacts of

du principe était de permettre la mise en place d'une dynamique sociologique de réciprocité, condition minimale pour l'effectivité des règles applicables aux parties au conflit ⁷³. Or, les situations de CANI se voient aujourd'hui réglementées par d'autres règles de droit international que celles prévues par le DIH. Nous sommes donc d'avis que la symétrie de substance du principe déploie ses effets au-delà des seules règles de DIH. Il s'agit ici de reconnaître que toute règle de droit international qui s'applique en situation de CANI doit adopter une certaine logique — celle de la symétrie — pour garantir son effectivité et accroître la protection qu'elle offre aux victimes du conflit. Nous proposons donc d'appliquer le principe à toutes les règles de droit international qui concernent la lutte qu'oppose des parties à un CANI. Au-delà du DIH, nous visons ici toute règle relative à la relation belligérante entre les parties au conflit (*warfare relationship*) ⁷⁴, soit celle qui « *directly bears on the relations between the parties to the NIAC* » ⁷⁵. Il s'agit d'un équilibre délicat entre les différents corps de règles applicables en CANI afin d'assurer leur effectivité. Notons que la logique que nous décrivons est aussi valable pour des CAI qui opposent des entités qui ne bénéficient pas de l'égalité souveraine des États. Elle n'est pas pertinente pour des CAI entre États. En effet, comme expliqué plus haut, la symétrie de substance fait double emploi avec le principe d'égalité souveraine dans des CAI « classiques » opposant des États.

Selon nous, les règles de droit international relatives à la relation belligérante entre les parties au conflit recouvrent en premier lieu celles qui concernent le « *subject matter of IHL* » ⁷⁶, soit l'immense majorité des comportements ou des actes déjà réglementés en DIH. L'impératif de symétrie prévu en DIH est alors identique pour ces règles si elles aspirent à une certaine effectivité. Nous pensons ici en particulier à certaines normes de droits de l'homme comme l'interdiction du recrutement des enfants, prescrite tant en droit de l'homme qu'en DIH, à la fois aux États et aux groupes armés ⁷⁷. Nous pensons

human rights law on the regulation of armed conflict: A coherency-based approach to dealing with both the “interpretation” and “application” processes », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 104, n° 919, 2022, pp. 1345-1396, p. 1374.

⁷³ Voy. *supra*, ainsi que P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 193-195.

⁷⁴ Pour l'utilisation de ce terme dans le cadre de l'application des droits de l'homme en conflit armé, voy. G. GAGGIOLI et R. KOLB, « A right to life in armed conflicts? : the contribution of the European Court of Human Rights », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, pp. 115-163, p. 159.

⁷⁵ R. VAN STEENBERGHE, « The impacts of human rights law on the regulation of armed conflict: A coherency-based approach to dealing with both the “interpretation” and “application” processes », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 104, n° 919, 2022, p. 1385.

⁷⁶ Voy. dans ce sens J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, p. 663.

⁷⁷ Voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 368-385 au sujet de l'interaction entre le principe et les droits de l'homme.

également à la déclaration de Turku sur les normes humanitaires minimales. Cette déclaration contient de nombreuses règles de droit de l'homme dont on considère qu'elles concernent toutes les parties à un conflit armé, de manière symétrique⁷⁸. En second lieu, les règles de droit international relatives à la relation belligérante entre les parties à un conflit sont plus largement celles qui sont susceptibles d'être impliquées dans la dynamique sociologique de réciprocité défendue par le principe.

Ainsi, contrairement à ce qui est présenté par la majorité de la doctrine, le champ d'application du principe ne serait donc pas déterminé par un corps de règles (application exclusive du principe aux règles de DIH) mais bien par la nature de chaque règle (règle concernant ou non la relation belligérante entre parties à un CANI). Ce champ d'application comprend donc en très grande majorité des règles de DIH, ce corps de règles étant conçu pour réglementer des situations de conflit armé opposant différentes parties belligérantes. Il comprend également des règles provenant d'autres branches de droit international. À l'inverse, certaines (rares) règles de DIH ne concernant pas la relation belligérante des parties à un CANI peuvent tomber en dehors du champ d'application du principe. Une manière plus simple d'envisager le champ d'application du principe serait donc de considérer que, par défaut, il s'applique à toutes les règles de DIH et est étranger aux règles issues d'autres branches de droit international, sauf exception. Ces exceptions doivent alors être étudiées au cas par cas. Il s'agit notamment des règles issues d'autres branches de droit international qui concernent néanmoins un sujet déjà traité par le DIH (tel que l'interdiction du recrutement d'enfants soldats ou certaines règles relatives à la protection de l'environnement), de même que celles qui pèsent sur la dynamique sociologique de réciprocité entre parties au conflit. Ces règles sont alors comprises dans le champ d'application du principe, malgré leur appartenance à une autre branche de droit que le DIH. Il s'agit également de quelques rares dispositions de DIH qui réglementent une situation n'impliquant pas directement la relation belligérante entre les parties au conflit⁷⁹. Ces règles se situent alors en dehors du champ d'application du principe, malgré leur appartenance formelle au DIH.

⁷⁸ D. KRETZMER, « Rethinking the application of IHL in non-international armed conflicts », *Israel Law Review*, vol. 42, n° 8, 2009, pp. 8-45, p. 38 ; Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Declaration of Turku), 2 décembre 1990.

⁷⁹ Voy. par ex. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 218-220, l'analyse de l'article 18 du PAII qui implique une règle asymétrique, acceptable au regard du principe car concerne la souveraineté des États, ainsi que les actions des sociétés de secours, soit un aspect étranger à la relation belligérante des parties au conflit.

IV. OBSTACLES

Après avoir identifié les contours de la symétrie de substance du principe en situation de CANI et analysé ses bases légales, il est nécessaire de s'assurer sa viabilité dans ce type de conflit. Or, au contraire de la symétrie prônée par le principe, les CANI sont caractérisés par une asymétrie, tant matérielle que juridique. Il est donc important d'interroger ces différentes asymétries au regard du caractère symétrique des règles de DIH imposé par le principe.

A. Obstacles au sein du DIH

En l'occurrence, nous répertorions deux obstacles inscrits au sein même du DIH : la souveraineté et l'asymétrie matérielle des parties à un CANI ⁸⁰.

La souveraineté constitue un thème récurrent du droit international lorsqu'il est question d'acteurs non étatiques. Les États la protègent farouchement, de même que les attributs qui y sont attachés. *A fortiori*, ce constat est omniprésent lorsqu'il est question de conflits armés opposant des États à des groupes armés. Ces derniers ne disposent d'aucune légitimité aux yeux des États. Il est donc impensable de leur octroyer la moindre prérogative en DIH. Nous pouvons synthétiser le lien entre la souveraineté des États et les groupes armés en DIH de la manière suivante :

« Unlike in war between States — which despite their differences in material power, ideology, and interests generally see each others as legal equals — in internal conflict governments generally tend to view armed opponents as illegitimate actors undeserving of legal protection and likely unwilling or unable to return it in kind. Historically, States have indeed perceived IHL for internal conflicts as more beneficial (politically and militarily) to rebels than to themselves ⁸¹ ».

Or, comme nous l'avons vu, le principe prévoit que les règles de DIH sont symétriques pour chaque partie au conflit.

Ensuite, vient le problème de l'asymétrie matérielle. Tout d'abord, le manque de moyens de certains groupes armés ne leur permet parfois pas de respecter certaines règles. Une partie au conflit peut donc se voir dans l'impossibilité de respecter certaines de ses obligations. À cet égard, l'imposition de règles symétriques à des parties au conflit qui ne sont pas toutes en mesure de les respecter interroge le bien-fondé de la symétrie de substance du principe en CANI. Ensuite, il est

⁸⁰ Pour une présentation en détail de ces obstacles, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 215 et s.

⁸¹ G. MANTILLA, *Lawmaking Under Pressure International Humanitarian Law and Internal Armed Conflict*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2020, p. 5.

question de savoir si le DIH instaure des règles « réalistes » ou « adaptées » au type d'hostilités qui ont lieu dans la plupart des CANI. Le DIH ayant été pensé par des États pour des conflits symétriques, certaines interdictions ou obligations semblent les favoriser, au détriment des groupes armés. Certains groupes armés peuvent donc refuser l'application de règles de DIH dont ils perçoivent le respect comme une route vers la défaite. L'idée de règles symétriques pour toutes les parties au conflit est alors aussi mise à mal.

B. Obstacles dans d'autres corps de règles.

Deux autres obstacles se dressent face à l'application du principe en CANI, situés cette fois en dehors du DIH : les droits de l'homme, ainsi que le droit interne propre à chaque État.

Différentes questions se posent quant à la compatibilité entre les droits de l'homme et le principe. Il est en effet traditionnellement enseigné que les droits de l'homme sont uniquement applicables aux États. Ils imposent par ailleurs des obligations plus strictes que celles prévues en DIH pour de nombreuses situations. Les groupes armés voient donc leur comportement réglementé par des normes moins exigeantes que leur adversaire étatique. Sur cette base, différents auteurs dénoncent l'application exclusive des droits de l'homme aux États comme une menace à l'existence du principe en CANI⁸². Il importe donc de se demander si les règles de droit de l'homme s'appliquent aux groupes armés et, dans l'affirmative, à quelles conditions elles doivent respecter le principe. De plus, ces règles sont souvent utilisées pour interpréter des notions de DIH. Par ce processus, elles sont « incorporées » au DIH et se voient appliquer le principe. Elles n'ont toutefois pas été prévues pour s'appliquer en situation de CANI, ni à des groupes armés. À nouveau, se pose la question des conditions auxquelles elles imposeraient un caractère symétrique.

Le droit interne constitue un obstacle de nature différente. Il est en effet accepté qu'il reste applicable dans les CANI, indépendamment des règles contenues en droit international. Il impose par ailleurs des contraintes aux groupes armés et sera, le plus souvent, formulé en faveur de la partie étatique au conflit. D'aucuns ont ainsi soutenu que cette asymétrie constitue une atteinte au principe⁸³ ou à la dynamique sociologique de réciprocité qu'il défend⁸⁴. Certains auteurs estiment

⁸² Pour un aperçu de ces critiques, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 368-369.

⁸³ Z. DABONÉ, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 2, 2011, pp. 106-107 ; *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess Médias Juridiques, 2012, p. 286.

⁸⁴ K. FORTIN et E. HEFFES, « Introduction: An exploration of the shadowland of armed groups and international law », in K. FORTIN et E. HEFFES (ed.), *Armed Groups and International Law In the Shadowland of Legality and Illegality*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 1-14, p. 6.

que la symétrie de substance ne vaut que pour les règles de DIH pour lesquelles le droit interne ne prévoit pas de traitement asymétrique⁸⁵. Le statut des parties à un CANI, dans lequel l'une est le sujet de droit de l'autre compliqué en effet l'application du principe dans de tels conflits⁸⁶. Henri Meyrowitz, dans son ouvrage de référence sur le principe en CAI, évoque lui-même cette asymétrie qui règne en CANI :

« [...] [U]ne guerre civile, se déroulant entre parties juridiquement inégales, dont l'une est revêtue de la pourpre et des pouvoirs de la légitimité, tandis que l'autre, marquée du stigmate de rebelle, est vouée à un traitement discriminatoire⁸⁷ ».

C. Pistes de solutions

L'analyse présentée dans notre thèse permet de démontrer que la souveraineté ne constitue pas un obstacle infranchissable pour l'application du principe en CANI⁸⁸. Nous avons déterminé que les principes de souveraineté et d'égalité s'interprètent dans certains cas de manière harmonieuse et s'inclinent l'un en faveur de l'autre de manière cohérente. Dans d'autres, nous avons établi que la souveraineté gêne le développement des règles de DIH en CANI octroyant des droits et des privilèges à cause de la symétrie imposée par le principe : les États ne souhaitent pas en adopter, afin d'éviter que les groupes armés ne puissent en bénéficier. De manière paradoxale toutefois, ce blocage revient à reconnaître l'existence et l'importance de la symétrie de substance du principe. Sans elle, rien n'empêcherait les États de continuer à freiner le développement du DIH en CANI sur ces questions. Enfin, nous avons déterminé que le principe nécessite d'interpréter certaines règles de DIH lorsqu'elles sont transposées en CANI et rendues applicables à des groupes armés afin d'accommoder la souveraineté des États.

Concernant l'obstacle constitué par l'asymétrie matérielle entre États et groupes armés⁸⁹, nous avons établi que le concept d'obligations de comportement, assorties d'un minimum humanitaire propre à chaque règle, était susceptible de conserver un ensemble de règles symétriques pour chaque partie au conflit et adaptées à

⁸⁵ T.D. GILL, « Reconciling the Irreconcilable: Some Thoughts on Belligerent Equality in Non-international Armed Conflicts », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 51, 2020, pp. 352-354.

⁸⁶ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 867, 2007, pp. 569 et 660.

⁸⁷ H. MEYROWITZ, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, p. 129.

⁸⁸ Voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 217-234.

⁸⁹ Pour l'analyse des problèmes et solutions relatifs à l'asymétrie des capacités matérielles entre États et groupes armés, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 234-331.

leurs capacités. Ce sont donc des obligations symétriques pour les groupes armés et les États mais qui sont modulables en fonction de leurs capacités matérielles. Il s'agit des mêmes règles mais les États doivent respecter un standard plus exigeant que les groupes armés qui disposent, le cas échéant, de moins de ressources pour les mettre en œuvre. Au sujet du caractère inadapté du DIH pour des situations de CANI asymétrique, nous avons rappelé que les groupes armés étaient autorisés jusqu'à un certain point à se dissimuler au sein de la population civile, dans le respect du principe de précaution contre les effets des attaques et de l'interdiction des boucliers humains. Nous avons aussi rappelé les risques que comporte l'utilisation par les parties au conflit d'arguments de type politique ou médiatique pour la viabilité du DIH dans son ensemble. Nous avons enfin présenté les nombreux incitants qui permettent au DIH de garder une certaine pertinence car permettent aux groupes armés de se réappropriier les règles de DIH qui leur sont applicables. Il ne s'agit donc plus exclusivement d'un DIH créé par les États. Dans ce cadre, la dynamique sociologique de réciprocité, soit la volonté de respect du DIH par chaque partie au conflit, peut continuer à exister.

Quant aux droits de l'homme⁹⁰, ceux-ci sont souvent utilisés pour interpréter les règles de DIH. À ce titre, ils sont « incorporés » au DIH et en adoptent la structure et donc, la logique de symétrie de substance qui leur impose un caractère symétrique. Nous avons ensuite discuté des conditions d'application parallèle des règles de droits de l'homme avec celles du DIH à des groupes armés. Nous avons par ailleurs déterminé qu'il était possible d'adapter ou d'exclure certaines règles de droits de l'homme incorporées en DIH ou applicables en parallèle du DIH en situation de CANI, afin de les rendre compatibles avec le principe. Concernant enfin la question de l'applicabilité du principe aux droits de l'homme, nous avons proposé que le principe s'applique aux règles de droit de l'homme qui concernent la relation belligérante entre les parties à un CANI, dans la mesure où les groupes armés sont liés par lesdites règles. Cela comprend les règles qui traitent de questions propres au DIH ou qui sont susceptibles d'influer sur la dynamique sociologique de réciprocité entre les parties au conflit⁹¹.

Enfin, nous avons déterminé que l'asymétrie créée par le droit interne des États ne constitue pas un obstacle à l'existence du principe en CANI⁹². En effet, la plupart des situations identifiées comme problématiques à cet égard en raison de la discrimination engendrée par le droit interne en défaveur des groupes armés

⁹⁰ Pour l'analyse des problèmes et des solutions relatifs à l'asymétrie juridique qui existe quant à l'application de normes de droits de l'homme en situation de CANI, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 333-390.

⁹¹ Pour la présentation du champ d'application du principe, voy. *supra*, Section III.

⁹² Pour l'analyse des problèmes et solutions relatifs à l'asymétrie juridique qui existe quant à l'application du droit interne des États en situation de CANI, voy. P. JACQUES, *Le principe d'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2026, pp. 390-417.

(privilège de belligérance, droit de détenir et droit de créer des cours et tribunaux) peuvent s'interpréter de manière symétrique en renvoyant à la capacité que les groupes armés ont d'adopter leur propre réglementation. Par ailleurs, les situations dans lesquelles le DIH est silencieux créent en réalité une « autorisation faible », symétrique pour chaque partie au conflit et pour lesquelles tant le droit interne que celui des groupes armés peut proposer des solutions distinctes. Ainsi, moyennant quelques adaptations ou interprétations favorables, nous pouvons conclure qu'aucun obstacle sérieux n'existe pour remettre en question la symétrie de substance du principe en CANI.

CONCLUSION

Dans le cadre de notre thèse, nous avons démontré que le principe d'égalité des belligérants est tout aussi important en CAI qu'en CANI. Nous avons établi qu'il est de nature bicéphale et protège donc en réalité deux types de symétrie, toutes deux présentes dans chaque type de conflit mais à des degrés différents. D'une part, la symétrie d'application interdit aux parties au conflit de recourir à des éléments de discrimination pour refuser l'application des règles de DIH. Elle correspond à la définition « classique » du principe en CAI, mais reste pertinente en CANI, bien que plus discrète et moins remise en question dans ce type de conflit. D'autre part, la symétrie de substance impose un caractère symétrique aux règles applicables aux parties au conflit. Cette symétrie est de première importance en CANI mais reste pertinente dans des CAI opposant des parties ne bénéficiant pas toutes du principe d'égalité souveraine des États. La symétrie de substance constitue par ailleurs la condition minimale permettant d'assurer une dynamique sociologique de réciprocité, soit le mécanisme principal permettant d'assurer l'effectivité du DIH. Nous avons ensuite exploré la question de la base légale du principe. Nous avons déterminé qu'il constitue un principe général du DIH qui possède des effets à la fois normatifs (pour la symétrie d'application), constitutionnels et interprétatifs (pour la symétrie de substance). Enfin, nous avons démontré que les différentes asymétries propres aux CANI, qu'elles soient matérielles ou juridiques, ne sont pas de nature à remettre en cause la viabilité du principe dans ce type de conflit et le caractère symétrique des règles qu'il prescrit.

Au terme de notre démonstration, nous avons donc tenté d'apporter un peu de clarté et de cohérence sur la question de la définition du principe en CANI, sur laquelle la doctrine et la jurisprudence proposaient des acceptations tantôt chaotiques, tantôt contradictoires. Nous aurons exploré au passage un des fondements de l'architecture du DIH qui en rappelle les valeurs cardinales. Nous espérons que sa compréhension pourra en favoriser le respect et le développement, pour une meilleure protection des personnes affectées par les conflits armés.