



La sûreté : un principe ambivalent

*Ses rapports à l'individu et à l'Etat
Approche historique et comparée*

DIKÈ – Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

UNIVERSITÉ
TOULOUSE
CAPITOLE



CTHDIP

CENTRE TOULOUSAIN
D'HISTOIRE DU DROIT
ET DES IDÉES POLITIQUES

La sûreté : un principe ambivalent

Ses rapports à l'individu et à l'Etat

Approche historique et comparée

Sous la direction de Ludovic Azéma

DIKE

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques (U.R. 789)

Université Toulouse Capitole

La sûreté : un principe ambivalent

Ses rapports à l'individu et à l'Etat

Approche historique et comparée

Sous la direction de Ludovic Azéma

Collection numérique Dikè n°4

3

Couverture : Portraits des capitouls et « La Justice » (détail) Ville de Toulouse, Archives municipales, Annales de la ville de Toulouse, BB 273, chronique 181, 1504.



Toulouse, 2024

ISBN 978-2-36170-294-6

DIKE

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

La sûreté : un principe ambivalent

Ses rapports à l'individu et à l'Etat

Approche historique et comparée

Sommaire

Présentation	p. 5
Avant-propos.....	p. 6
Thérance Carvalho, Qu'est-ce que le droit à la sûreté ? Réflexions sur les origines d'une notion juridique ambiguë (XVI-XVIII ^e siècles)	p. 9
François Moncassin, De la protection des individus à la protection de la société : la sûreté en Révolution (1789-1799)	p. 24
François Godicheau, Une notion fonctionnelle à l'étrange pouvoir : l'ordre public.....	p. 38
Hanan Qazbir, La notion de sûreté, facteur de légitimation du renforcement du pouvoir exécutif en Europe	p. 62
Table des auteurs	p. 79
Table des matières	p. 80

Présentation

Le programme *Dikè* propose une réflexion pluridisciplinaire sur les fondements, les contours, et les contenus des cultures juridiques européennes, contemporaines et modernes. Au-delà de la dimension plurielle des approches scientifiques et méthodologiques (comparatisme juridique et historique, histoire du droit, histoire, droit privé, droit public, philosophie du droit, sociologie et anthropologie du droit), ce programme se caractérise également par une très forte ambition formatrice. Animé par l'équipe enseignante du CTHDIP, il s'adresse aux doctorants français et étrangers intéressés par une formation à la recherche et *par* la recherche à partir d'un questionnement portant sur les droits et cultures juridiques en Europe (Antiquité- Période contemporaine) et sur le devenir des droits européens dans d'autres espaces. Il s'adresse également aux professionnels du droit (magistrats, avocats, etc.) dans la perspective d'un échange scientifique entre universitaires et praticiens.

6

Placé chaque année sous la responsabilité d'un enseignant-chercheur de l'unité, le programme est organisé à partir d'une thématique annuelle selon un format binaire : conférence-débat ou table ronde autour d'un auteur ou d'une lecture, suivie d'une journée d'étude internationale réunissant quelques spécialistes (de tradition de *common law* et de *civil law*) issus de différents horizons scientifiques, qui déclinent le thème proposé en variant les approches, diachronique ou comparative, en fonction de leur spécialité. La parole est également donnée aux doctorants qui interviennent lors de chaque manifestation, pour une présentation des travaux ou une communication, en lien avec la thématique annuelle.

Les travaux conduits dans le cadre de ces deux temps forts sont valorisés par une publication collective dans la collection numérique *Dikè* du CTHDIP, hébergée sur le site du centre qui se charge d'une large diffusion.

Avant-propos

Depuis 2014, le Centre Toulousain d'Histoire du droit et des Idées politiques (CTHDIP) porte le programme Dikè avec pour objectif une réflexion transversale sur les cultures juridiques en Europe. Dans ce cadre de travail, l'interdisciplinarité et le comparatisme permettent une approche globale par la complémentarité des points de vue et des méthodes autour d'un thème choisi pour les perspectives qu'il laisse entrevoir. C'est ainsi que lors de l'année 2023, deux journées d'étude, du 30 janvier et 15 juin, ont pu être consacrées sur le thème de la sûreté comme principe ambivalent. Sans prétendre bien sûr épuiser le sujet, il s'agissait de mettre en perspective dans le temps et dans l'espace un concept difficile à appréhender ou à circonscrire parce qu'évolutif, notamment pour des raisons intrinsèques. Il n'y a qu'à voir les utilisations du terme depuis la sûreté d'une ville comme Paris employée dans les mémoires policiers du XVIII^e siècle, la sûreté de l'individu, celle du citoyen, celle de l'Etat jusqu'aux nombreuses déclinaisons contemporaines qui rapprochent finalement la « sûreté » de la « sécurité » sans qu'apparaisse très clairement la distinction entre l'une et l'autre¹. Est-ce bien satisfaisant ?

C'est toute la dialectique posée aux systèmes répressifs modernes entre exigences de l'ordre public et protection des droits individuels, pour citer Bernard Schnapper², qui nous interroge. C'est un équilibre, une balance complexe, qui fait que ces notions (sûreté individuelle et sûreté de l'Etat) sont soit complémentaires, soit contradictoires³. Cette tension apparaît très vite : la sûreté de la 1789 est souvent présentée comme une sûreté individuelle (on sait que la Déclaration de 1789 est aussi et surtout une attaque contre l'Ancien Régime). Bien sûr, la Déclaration est celle des droits de l'Homme comme individu, mais elle est aussi une déclaration des droits de la nation et du citoyen, ce qui autoriserait après tout d'autres interprétations quant à

¹ Pour Christine Lazerges, le droit à la sûreté est le droit à la protection de la liberté individuelle et ne devrait en aucun cas être confondu avec le droit à la sécurité. Elle constate qu'un glissement sémantique s'est opéré jusqu'à la confusion, « au détriment de la sûreté au sens propre ». Christine Lazerges, « Le droit à la sécurité a-t-il effacé le droit à la sûreté ? L'exemple de la loi « Sécurité globale », dans *La Revue des droits de l'homme*, 20, 2021.

² B. Schnapper, « Les systèmes répressifs français de 1789 à 1815 », dans *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales 1780-1830*, sous la direction de Xavier Rousseaux, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, Claude Vael, Paris, Montréal, 1999, pp.17-35.

³ Mireille Delmas-Marty a ainsi pu montrer comment le droit à la sûreté pouvait soumettre l'Etat au droit mais aussi légitimer des atteintes aux libertés. Mireille Delmas-Marty, « Libertés et sûreté. Les mutations de l'Etat de droit », dans *Revue de synthèse*, tome 130, 6^e série, n°3, 2009, pp.465-491.

cette sûreté. Aussi, lorsque la pensée de Lumières évoquait la sûreté⁴, elle pouvait déjà et également la concevoir comme une sûreté de l'Etat, notamment dans les débats relatifs à la peine de mort où elle apparaît bien souvent comme une exception à une abolition absolue, y compris chez Beccaria. Cette tension est ancienne et a traversé les XIXe et XXe siècles. Le Code pénal de 1810 consacre un chapitre aux « Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat », sûretés intérieure et extérieure de l'Etat. Que dire des lois de sûreté générale au XIXe siècle ? Celle du 31 octobre 1815 prévoit ainsi dans son article 1 : « Tout individu, quelle que soit sa profession, civile, militaire ou autre, qui aura été arrêté comme prévenu de crimes ou de délits contre la personne et l'autorité du Roi, contre les personnes de la famille royale, ou contre la sûreté de l'Etat, pourra être détenu jusqu'à l'expiration de la présente loi, si, avant cette époque, il n'a été traduit devant les tribunaux ». L'article 2 précise que « les mandats à décerner contre les individus prévenus d'un des crimes mentionnés à l'article précédent, ne pourront l'être que par les fonctionnaires à qui les lois confèrent ce pouvoir [...] ». Suspension de la liberté individuelle, dans un climat de crise politique, par l'autorisation des emprisonnements administratifs, indépendants de la procédure judiciaire. Encore en juin 1853, la sûreté générale, héritière du Ministère de la Police, apparaît sous l'appellation de « Direction de la Sûreté publique » qui deviendra en 1871 la « Direction de la sûreté générale ».

Voici un rapport adressé à ce sujet par le Directeur de la sûreté générale au Ministère de l'Intérieur :

« Le service de la sûreté répond à deux besoins de tout gouvernement, d'où pour ses agents une double fonction. D'une part, ils veillent à l'exécution des lois et d'un certain ordre du gouvernement, de l'autre ils recueillent et portent à la connaissance des hauts fonctionnaires chargés d'exercer l'autorité les renseignements qui doivent servir de base à la politique intérieure du gouvernement »⁵.

En revanche, nous pouvons lire l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Le droit à la sûreté est à nouveau le droit à la protection de la liberté individuelle, inspiré de l'habeas corpus, malgré un glissement sémantique menant à une confusion entre droit à la sûreté et droit à la sécurité.

Finalement, nous constatons que nous sommes pris par un mouvement permanent au gré des intérêts en présence, sur un terrain mouvant, ce que n'aime pas les juristes. Cependant, ce mouvement ne dépend pas d'une époque mais de l'objet

⁴ Sébastien Le Gal, « Aux origines du droit à la sûreté », dans Ludovic Garrido (dir.), *Le droit à la sûreté. Etat des lieux, état du droit*, Paris, 2012, pp.19-42.

⁵ Rapport adressé au Ministère de l'Intérieur par le Directeur de la sûreté Générale, le 30 juin 1880, AN F7 12708. Cité par Jean-Marc Berlière, *L'institution policière sous la IIIe République (1875-1914)*, Dijon, 1991, p.424.

protégé. Il n'est pas historique mais inhérent à la notion même de sûreté⁶. C'est sûrement la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel évite le terme de « sûreté »⁷. Ces journées d'étude, dont la revue numérique Dikè fait état, permettront peut-être une réflexion plus ample sur un sujet bien loin d'être épuisé ?

Azéma Ludovic

Maître de conférences en Histoire du droit (CTHDIP)

⁶ Le professeur Jean-Louis Halpérin peut ainsi montrer qu'il n'y a pas un « éternel retour d'une alternance entre sécurité et humanisme », encore que l'« ambivalence est au cœur des doctrines pénales », notamment en ce qui concerne la notion de sûreté. Jean-Louis Halpérin, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1 (n°1), pp.9-16.

⁷ François Luchaire, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », dans *Revue de droit public*, Mai-Juin 1989, pp.609-634.

Qu'est-ce que le droit à la sûreté ? Réflexions sur les origines d'une notion juridique ambiguë (XVI-XVIIIe siècles)

Thérance Carvalho
Professeur d'Histoire du droit à Nantes Université
Laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297)

La sûreté présente un singulier paradoxe juridique : il s'agit d'un droit constitutionnel mais qui n'est presque jamais mobilisé par le Conseil constitutionnel. Terme « attrape-tout »⁸, la sûreté revêt aujourd'hui plusieurs sens. Pour un créancier, il peut s'agir d'une garantie fournie pour l'exécution d'une obligation. Pour la puissance publique, il peut s'agir de protéger le territoire, la population et les institutions. La sûreté publique concerne ainsi le maintien de l'ordre et se rattache à la sécurité. Enfin, pour le citoyen, la sûreté renvoie à une garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires. Si l'on met de côté l'acception du droit civil et la relation entre créancier et débiteur, il existe donc une *sûreté-sécurité* qui vise pour l'État à protéger les citoyens entre eux et une *sûreté-garantie* qui permet aux citoyens de se prémunir des abus de l'État. Seule cette dernière, qualifiée de sûreté personnelle, est reconnue de nos jours comme un droit fondamental.

10

Néanmoins, l'idée qu'il existerait un « droit à la sécurité » est de plus en plus affirmée par le personnel politique. La formule « la sécurité est la première des libertés » est même devenue un poncif du débat public alors qu'elle est juridiquement infondée⁹. La confusion entre sécurité et sûreté est encore alimentée par l'article L111-1 du Code de la sécurité intérieure qui dispose, sans s'appuyer sur aucun texte de valeur constitutionnelle, que « la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». Sûreté et sécurité sont de nos jours très souvent amalgamés par abus de langage¹⁰. En effet, depuis les années 1980, une série de lois « sécuritaires » a favorisé un glissement sémantique de la sûreté publique vers la sécurité publique, ce qui laisse supposer l'existence d'un droit

⁸ François Luchaire, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *Revue du droit public et de la science politique*, mai-juin 1989, p. 609-634.

⁹ Le 23 septembre 2013, Christian Estrosi affirmait ainsi de façon pour le moins confuse : « Je suis un héritier de la révolution de 1789, celle des droits de l'homme et du citoyen, qui consacre la sécurité comme la première des libertés ». Cf. Cédric Mathiot, « La sécurité, première des libertés ? Histoire d'une formule », *Libération*, 24 septembre 2013, en ligne.

¹⁰ Sur cette confusion, cf. Henri Leclerc, « De la sûreté personnelle au droit à la sécurité », *Journal du droit des jeunes*, 2006, vol. 255, n° 5, p. 7-10 ; Christine Lazerges, « Le droit à la sécurité a-t-il effacé le droit à la sûreté ? L'exemple de la loi 'Sécurité globale' », *La Revue des droits de l'homme*, 2021, n° 20, en ligne. Un utile éclaircissement est aussi apporté par Pierre Delvolvé, « Sécurité et sûreté », *RFDA*, 2011, p. 1085.

fondamental à la sécurité assimilé à tort à la sûreté¹¹. En effet, de la loi du 2 février 1981 « renforçant la *sécurité* et protégeant la liberté des personnes », préparée par le Garde des sceaux Alain Peyrefitte, à la loi du 25 mai 2021 « pour une *sécurité* globale préservant les libertés », soutenue par le ministre de l'Intérieur Gérard Darmanin, la sécurité semble depuis quarante ans prendre l'ascendant sur la sûreté¹². Entendus de cette façon, les deux concepts tendent même à s'opposer car ces lois relatives à la « sécurité intérieure » viennent souvent limiter les libertés individuelles en offrant des moyens supplémentaires à la police judiciaire et en réduisant les garanties procédurales. Face au déclin contemporain de la sûreté individuelle¹³, il apparaît urgent de s'intéresser à son histoire.

En 2004, Robert Badinter déclarait déjà que « dans le discours politique actuel, le terme de sécurité est magnifié. On proclame que c'est la première des libertés. On entretient ainsi la confusion. Car ce qui est consacré dans la Déclaration des droits de l'homme, c'est la sûreté, c'est-à-dire l'assurance, pour le citoyen, que le pouvoir de l'État ne s'exercera pas sur lui de façon arbitraire et excessive »¹⁴. En effet, le mot sécurité est introuvable dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Mais sommes-nous pour autant certains que les hommes du XVIII^e siècle définissent la sûreté de manière aussi précise que nous le faisons en ce début de XXI^e siècle ? En employant uniquement le terme « sûreté », entendent-ils vraiment exclure la sécurité de la liste des droits de l'homme ? Rien n'est moins sûr.

Aujourd'hui, la sûreté se comprend essentiellement, en tant que droit humain, comme une protection offerte contre les arrestations et les peines arbitraires. Elle serait une sorte de réaction aux lettres de cachet de l'Ancien Régime ou de succédané au principe d'*habeas corpus* issu du modèle anglais¹⁵. Tout individu arrêté et privé de sa liberté a le droit d'en connaître les motifs afin de pouvoir organiser sa défense. Cependant, lorsqu'on étudie l'histoire de cette notion, l'on constate rapidement qu'elle recouvre une réalité beaucoup plus vaste. Les révolutionnaires français n'envisagent pas seulement la sûreté sous l'angle de la procédure pénale. La définition la plus claire

¹¹ Yannick Lécuyer, Félicien Lemaire, *Cours de droits humains et libertés*, Paris, Gualino, Lextenso, 2022, p. 321. Dans le lexique administratif, les deux termes relèvent pourtant de problématiques distinctes : la sûreté publique cherche à protéger contre des actes intentionnels et malveillants comme la délinquance ou le terrorisme ; la sécurité publique concerne, quant à elle, la prévention des risques dont l'origine est accidentelle ou involontaire comme des catastrophes naturelles.

¹² Outre ces deux textes, nous pouvons également mentionner, au titre de la « sécurité intérieure », les lois du 21 janvier 1995 (n° 95-73), 15 novembre 2001 (n° 2001-1062), 29 août 2002 (n° 2002-1094), 18 mars 2003 (n° 2003-239), 14 mars 2011 (n° 2011-267) et 30 octobre 2017 (n° 2017-1510).

¹³ Cf. Guillaume Beaussonie, « Le crépuscule de la sûreté individuelle », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1768.

¹⁴ Robert Badinter poursuit : « Le droit à la sûreté, c'est la garantie des libertés individuelles du citoyen. Certes, chacun a droit à ce que l'État assure la sécurité de sa personne et de ses biens. C'est un objectif de valeur constitutionnelle qui s'impose à l'État. Mais la recherche de la sécurité doit se concilier avec le respect du droit à la sûreté pour chacun, ce qui veut dire que l'on respecte ses correspondances, son domicile privé, et qu'on ne puisse pas débarquer chez lui en pleine nuit. L'important, c'est le point d'équilibre » (propos recueillis par Nathalie Guibert, *Le Monde*, 27 janvier 2004).

¹⁵ Sur l'histoire du droit à la sûreté et la réception en France du précédent anglais, cf. Sébastien Le Gal, « Aux origines du droit à la sûreté », in Ludovic Garrido (dir.), *Le droit à la sûreté. État des lieux, état du droit*, Paris, Éditions Cujas, 2012, p. 19-42.

nous est proposée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 : « La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés ». La sûreté s'analyse ainsi comme une garantie de la jouissance des libertés individuelles. Elle serait la pierre angulaire de l'exercice concret des autres droits humains.

Étymologiquement, sûreté et sécurité ont la même racine. Le terme sûreté dérive de l'adjectif sûr, qui vient lui-même du latin *securus* (se [sans] ; cura [souci]), signifiant une absence de danger ou de crainte. À Rome, il renvoie à une situation d'assurance ou de protection. Le mot *seürté* est employé dans l'ancien français dès le XII^e siècle, notamment par le poète Chrétien de Troyes. Ce n'est toutefois qu'à partir de la fin du XV^e siècle que l'on voit apparaître l'idée d'être en *seureté*, de se trouver dans un asile, un lieu où l'on ne craint rien. L'expression « *seureté* publique » est attestée dès la fin du XVI^e siècle¹⁶. Dans les quatre volumes de son *Traité de la police* (1705-1738), Nicolas de La Mare utilise à plusieurs reprises ce syntagme dans le sens de maintenir la tranquillité et l'ordre public¹⁷. En 1727, le *Dictionnaire* d'Antoine Furetière définit la *seureté* comme « l'éloignement de tout péril, l'état de celui qui n'a rien à craindre »¹⁸. Il fait référence à la « *seureté* publique », aux « places de *seureté* » et à la *seureté* contractuelle qui serait « une sorte de caution, de garantie que l'on donne pour l'exécution d'un traité »¹⁹. La sûreté individuelle, au sens de garantie contre l'arbitraire du pouvoir, n'est pas évoquée. De son côté, le terme sécurité est un doublet savant de sûreté, très peu employé avant le XVII^e siècle et jamais dans un sens juridique. Le même *Dictionnaire* de Furetière le définit comme une « assurance téméraire », une confiance « exempte de crainte dans un temps ou dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre »²⁰. Nous sommes donc très éloignés de l'acception contemporaine.

Dès lors, que recouvre juridiquement la notion de sûreté entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, c'est-à-dire entre la fin des guerres de religion et la Révolution française ? Pour mieux comprendre l'évolution de ce terme sur la longue durée, il faut d'abord souligner sa place centrale dans l'émergence de la modernité politique et juridique (I). Il convient ensuite d'examiner comment un droit à la sûreté a été affirmé au siècle des Lumières sous la plume des physiocrates (II) avant d'être juridiquement proclamé par les révolutionnaires (III).

¹⁶ Elle est employée par le juriste et écrivain breton Noël Du Fail dans ses *Contes et discours d'Eutrapel* parus à Rennes en 1585.

¹⁷ Nicolas de La Mare, *Traité de la police, où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats; toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent*, Paris, Cot, 1705-1710, 2 vol. ; 2e éd. augmentée, Paris, Brunet et Hérissant, 1719-1738, 4 vol.

¹⁸ Antoine Furetière (dir.), *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences & des arts*, La Haye, Husson, Johnson, Swart, 1727, t. 4, entrée « seureté ».

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, t. 4, entrée « sécurité ». Sur la notion de sécurité et son histoire, cf. Frédéric Gros, *Le Principe Sécurité*, Paris, Gallimard, 2012.

I. La sûreté, question centrale de la modernité politico-juridique

La notion de sûreté s'élargit considérablement à la fin des guerres de religion. L'édit de Saint-Germain-en-Laye du 8 août 1570 accorde pour la première fois aux protestants des « places de sûreté », c'est-à-dire des villes fortifiées où ils peuvent se réfugier en cas de reprise des affrontements et organiser leur défense. Il s'agit d'une garantie concédée par le roi visant à assurer la sécurité physique de ses sujets réformés. Quelques années plus tard, le préambule de l'édit de Nantes du 13 avril 1598 reconnaît au million de huguenots que compte alors le royaume (environ 5% de la population) « l'exercice de leur dite religion, la liberté de leurs consciences, et la sûreté de leurs personnes et fortunes »²¹. Ce texte prévoit cent-cinquante lieux de refuge dont cinquante-et-une « places de sûreté » proprement dites, où le monarque nomme directement le gouverneur et prend en charge financièrement la garnison. Dans cet édit de tolérance, le garant de la sûreté demeure ainsi le roi, qui peut néanmoins décider de changer d'avis. Ces privilèges royaux, qui faisaient du protestantisme une sorte d'« État dans l'État », disparaissent en 1629 après le siège de La Rochelle. Le monarque doit alors assurer la même protection à l'ensemble de ses sujets, qu'ils soient catholiques ou huguenots.

Cette mission essentielle du pouvoir royal est déjà envisagée en 1576 par Jean Bodin dans *Les Six livres de la République*. En effet, le juriste angevin affirme que « le prince est obligé de maintenir par la force des armes et des lois ses sujets en *sûreté* de leurs personnes, biens, et familles ; et les sujets par obligation réciproque, doivent à leur prince, foi, sujétion, obéissance, aide, et secours »²². Autrement dit, les sujets sont contraints d'obéir au souverain en contrepartie de la sûreté qu'il leur garantit. Or, cette protection s'évanouit en 1685 avec l'édit de Fontainebleau qui vient révoquer celui de Nantes. En interdisant aux protestants d'exercer publiquement leur religion, Louis XIV conditionne désormais son devoir de protection à l'adhésion au catholicisme, selon le programme « une foi, une loi, un roi ». Ceux qui refusent de se convertir au catholicisme sont privés de toute forme de sûreté. Juridiquement, ils sont privés de leur état civil du fait de leur exclusion des actes de baptême et de mariage. Ils n'ont plus le droit de quitter le royaume et ceux qui décident d'émigrer voient leurs biens confisqués au profit de la couronne s'ils ne rentrent pas dans un délai de quatre mois. Outre ces aspects matériels, c'est bientôt la sûreté même de leur personne qui est remise en cause puisque les émigrés et les relaps, c'est-à-dire les « nouveaux convertis » qui reviendraient au protestantisme, sont victimes de violentes répressions : dragonnades, emprisonnement pour les femmes, peine des galères pour les hommes. Jacques Poumarède considère à juste titre cette révocation de l'édit de Nantes comme un point de rupture²³. Les protestants du Refuge, comme Pierre Jurieu

²¹ Alain JOBLIN (dir.). *L'Édit de Nantes (1598), la France et l'Europe*, Arras, Artois Presses Université, 1998, p. 113.

²² Jean BODIN, *Les Six livres de la République* (1576), Paris, Jacques du Puys, 1577, L. I, ch. 7, p. 72.

²³ Jacques Poumarède, « De la sûreté à la sécurité : itinéraires historiques », in Marc NICOD (dir.), *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 69-75, p. 71. Cet article est repris dans *Itinéraire(s) d'un historien du droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011, p. 288-294.

et Pierre Bayle qui ont trouvé asile en Hollande, exploitent l'idée d'une trahison du roi à son obligation de sûreté. Au lieu de garantir la sûreté personnelle de ses sujets huguenots, le monarque est au contraire devenu pour eux une menace. La confiance en la puissance royale, difficilement acquise, s'en trouve brisée.

Au XVII^e siècle, la notion de sûreté reste presque toujours envisagée dans le sens contemporain de sécurité. Hobbes reconnaît, dans son *Léviathan*, un droit naturel à la préservation de la vie humaine. À l'état de nature, c'est-à-dire lorsque la cité ne refreine pas ses pulsions, les hommes sont libres d'user de leurs droits naturels. Cependant, les hommes sont livrés à eux-mêmes et vivent dans l'insécurité permanente. Selon la célèbre formule que Hobbes reprend à Plaute, « l'homme est un loup pour l'homme »²⁴ (*homo homini lupus*). « La vie de l'homme est alors solitaire, besogneuse, pénible, quasi-animale et brève »²⁵. C'est pour garantir la sûreté physique des individus que s'effectue le passage de l'état de nature à l'état de société. L'instinct de conservation et la recherche de sécurité poussent les hommes à contracter. Pour ce faire, ils concluent un pacte d'association entre eux et un pacte de soumission avec le souverain. Ils sacrifient leurs droits naturels en les transférant à l'État, qui redistribuera à ses sujets des parcelles de liberté et de propriété, qui seront protégées par la force publique contre les empiètements d'autrui. « La fonction du souverain (qu'il s'agisse d'un monarque ou d'une assemblée) est contenue dans la fin pour laquelle on lui a confié le pouvoir souverain, et qui est le soin de la sûreté du peuple »²⁶, affirme Hobbes. Les individus renoncent à leurs droits naturels pour vivre en sûreté. Ils sont désarmés et abdiquent tout droit de résistance. Ils n'ont pas le droit de se révolter, à une exception près : si le souverain n'est plus en mesure d'assurer leur sûreté du fait par exemple d'une guerre civile ou avec l'étranger. Le pacte social s'en trouve alors rompu et les sujets peuvent changer de souverain. Nul ne peut renoncer au droit de défendre sa vie. Cet axiome primordial de la liberté à l'état de nature continue d'exister au sein de l'état civil²⁷. Le Léviathan dispose d'un pouvoir absolu mais en aucun cas totalitaire. À la menace permanente, le pacte social hobbesien instaure la paix civile indispensable à la conservation de l'existence. Néanmoins, le philosophe anglais entend élargir la notion : « Notez que, par sûreté, je n'entends pas ici la seule préservation, mais aussi toutes les autres satisfactions de cette vie que chacun pourra acquérir par son industrie légitime, sans danger ni mal pour la République »²⁸. Grâce à la sûreté, les citoyens pourront connaître la prospérité. Ils disposeront de la « liberté d'acheter, de vendre, de conclure des contrats les uns avec les autres ; de choisir leur résidence, leur genre de nourriture, leur métier, d'éduquer leurs enfants comme ils le

²⁴ La locution ne figure pas dans le *Léviathan* mais est reprise dans l'épître dédicatoire du *De cive*. Cf. François Tricaud, « 'Homo homini Deus', 'Homo homini Lupus' : Recherche des sources des deux formules de Hobbes », in Reinhart Koselleck et Roman Schnur (dir.), *Hobbes-Forschungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, p. 61-70.

²⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan* (1651), traduction de François Tricaud, Paris, Sirey, 1971, p. 125.

²⁶ *Ibid.*, p. 357.

²⁷ Sur ce point de la théorie hobbesienne, cf. l'analyse de Michel Villey dans *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, p. 559-618.

²⁸ Thomas Hobbes, *Léviathan*, *op. cit.*, p. 356.

jugent convenable »²⁹. La sûreté est donc au service, même chez Hobbes, d'une certaine forme de liberté.

Les auteurs de l'école du droit naturel moderne, comme Pufendorf, Barbeyrac ou Burlamaqui, reprennent la réflexion initiée par Hobbes. Pufendorf estime que le droit naturel, dont découle le pacte social, a vocation à instaurer la sûreté. Le juriste protestant et professeur à Heidelberg estime que la première maxime du droit naturel ordonne aux hommes de s'empêcher d'agir³⁰. Meurtres, coups, blessures, vols et autres violences sont strictement prohibés par le droit naturel. Logiquement, la seconde maxime oblige celui qui a fait du mal ou causé préjudice à autrui à réparer son dommage³¹. Ces deux maximes trouvent leur origine dans la sociabilité naturelle de l'homme et permettent à chacun de veiller à sa propre conservation. C'est pour répondre au besoin de vivre en sûreté que les hommes se seraient mis en société³². Pufendorf conteste ainsi sévèrement les dragonnades pratiquées en France sous le règne de Louis XIV, qui rappellent les violences de l'état de nature³³. Commentant *Le droit de la guerre et de la paix* de Grotius, Barbeyrac affirme : « Le but des législateurs de la terre, considérés comme tels, est de régler les actions extérieures de chacun le mieux qu'il est possible, pour maintenir la sûreté et la tranquillité publique »³⁴. Le maintien de la *sûreté-sécurité* des individus constitue donc le noyau du jusnaturalisme moderne.

Dans son *Traité du gouvernement civil* (1690), Locke revisite la théorie du contrat social de Hobbes. L'homme est un être intelligent et rationnel et non pas « un loup pour l'homme ». L'état de nature est un état d'harmonie et de liberté raisonnable et non une guerre de tous contre tous. C'est pour mieux garantir leurs droits que les individus décident de conclure un contrat social destiné à mettre en place un « gouvernement civil ». Les hommes concluent ensemble un contrat d'association puis un contrat de soumission *conditionnel*. Le contrat de soumission au gouvernement est dissout dès que la majorité considère ce gouvernement comme inadéquat, c'est-à-dire incapable d'assurer la sécurité ou irrespectueux des libertés. La légitimité se fonde alors dans la majorité et non dans l'autorité absolue d'une instance toute puissante. Le « gouvernement civil » de Locke n'a rien à voir avec le Léviathan absolu de Hobbes. Il s'agit d'un gouvernement modéré et respectueux des libertés individuelles.

15

²⁹ *Ibid.*, p. 224. Cf. Florence Perrin, « La formulation contractuelle de l'intérêt général entre droits et intérêts particuliers », *Astérian*, 2017, n° 17, en ligne.

³⁰ Au fond, il s'agit d'une reprise de la formule d'Ulpien *Neminem laedere*.

³¹ Simone Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994, p. 91-92.

³² Samuel von Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle* (1673), traduits du latin par Jean Barbeyrac, Amsterdam, H. Schelte, 1707, II.5 § 7, p. 271-272 : « La véritable et principale raison pourquoi [sic] les anciens pères de familles renoncèrent à l'indépendance de l'état de nature pour établir les sociétés civiles, c'est qu'ils voulaient se mettre à couvert des maux que l'on a à craindre les uns des autres ».

³³ Pufendorf formule ces critiques en 1687 dans *Du pouvoir de la religion chrétienne dans la relation à la vie d'un citoyen* (*De habitus religionis christianae ad vitam civilem*).

³⁴ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduction de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, p. 64, note 3 (par Barbeyrac).

L'impératif de sûreté n'est pas écarté mais doit être compatible avec la pluralité du bien, propre au libéralisme.

« Comment donc concilier la sûreté de l'État avec la sûreté de la personne ? »³⁵, se demande Montesquieu dans *De l'esprit des lois* (1748). La pensée du parlementaire bordelais marque une évolution dans l'appréhension de la notion. Il considère en effet que « la liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté »³⁶. Il confond ainsi volontairement la liberté avec la sûreté, la première n'existant pas sans la seconde. « Cette sûreté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen »³⁷. Montesquieu est l'un des premiers à envisager clairement la *sûreté-garantie*, c'est-à-dire du point de vue de la procédure pénale. Cet élargissement juridique de la notion, qui n'est plus cantonnée à la simple sûreté physique des individus, doit en fait beaucoup à la doctrine parlementaire de la fin de l'Ancien Régime. Comme l'explique Elina Lemaire, les officiers des parlements comprennent la plupart du temps la liberté comme *sûreté*, notion qui englobe à la fois la conservation de la personne des sujets et de leurs biens³⁸. Dans les remontrances du XVIII^e siècle, liberté et sûreté sont intimement liées. Comme l'affirme le parlement de Bordeaux en 1763, « l'Homme, en se soumettant au joug social, chercha le bonheur dans la sûreté personnelle et la propriété, fondements inébranlables de tout État qui n'est point despotique »³⁹. La conservation de soi constitue un préalable indispensable à l'exercice de ses libertés. Dès lors, l'*opus magnum* du baron de la Brède et les remontrances parlementaires du siècle des Lumières insistent sur la nécessité pour le roi de garantir la sûreté des personnes et des biens mais sans pour autant l'ériger en droit subjectif.

La sûreté se trouve ainsi au cœur de la modernité politico-juridique. Elle permet à l'Occident de s'affranchir, au moins intellectuellement, de ses anciens cadres sociaux et institutionnels. La reconnaissance de la sûreté comme fondement du politique s'oppose clairement à l'*imperium* du droit romain – pouvoir de vie et de mort sur les sujets – mais aussi à l'esclavage antique et au servage médiéval⁴⁰. Cette réduction du politique à la seule question de la survie, de la simple conservation de soi et des autres, constitue une des critiques majeures que formule Leo Strauss à l'égard de la modernité. Elle conduit, d'après lui, au relativisme et au nihilisme. De même, elle révèle le

³⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, collection de La Pléiade, 1973, Livre V, chap. XIV, t. 2, p. 294.

³⁶ *Ibid.*, Livre XII, chap. II, t. 2, p. 431.

³⁷ *Ibid.*, Livre XII, chap. II, t. 2, p. 431. Cf. Didier Carsin, « Montesquieu et la sûreté », *Humanisme*, 2022, vol. 334, n° 1, p. 10-17.

³⁸ Elina Lemaire, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 22-23.

³⁹ *Représentations du Parlement de Bordeaux*, 22 novembre 1763, cité in *ibid.*, p. 38.

⁴⁰ Cf. les développements de Blandine Kriegel dans *L'État et les esclaves* (Paris, Calmann-Lévy, p. 53-80) et *Les droits de l'homme et le droit naturel* (Paris, PUF, 1989).

renoncement des Modernes à la question du meilleur – directement liée à celle de la vie bonne – qui caractérisait les Anciens⁴¹.

II. L'affirmation par les physiocrates d'un droit à la sûreté

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, les physiocrates placent les droits naturels et la question de leur préservation au cœur de leur théorie politique. Ils reconnaissent principalement trois droits « sacrés » ou « absolus » aux individus : la propriété, la liberté et la sûreté⁴². Ces principes sont inextricablement liés les uns aux autres car comme l'écrit Du Pont de Nemours : « Point de propriété, sans liberté ; point de liberté, sans sûreté »⁴³. D'après eux, la sûreté garantit à chaque individu l'exercice libre et sans entrave de ses droits naturels. Elle exprime *lato sensu* une forme de tranquillité à l'égard de sa vie et de ses biens. Ce principe fondateur du droit public protège à la fois contre les éventuels abus des particuliers et ceux de l'autorité politique⁴⁴. Comme l'affirme Mirabeau, « la propriété fonde les sociétés, la liberté les complète, la sûreté les maintient »⁴⁵. D'après Catherine Larrère, la nouveauté physiocratique consiste à passer du minimum de la conservation de l'existence – la simple subsistance physique ou matérielle – au maximum de la jouissance⁴⁶. Pour cela, il suffit de suivre les prescriptions de la « science nouvelle » de l'économie politique que Quesnay et ses disciples viennent de découvrir.

Les physiocrates développent une conception extensive de la sûreté sans procéder eux-mêmes à des distinctions. Tout d'abord, ils l'entendent comme une protection collective ou publique, proche de ce que nous appellerions aujourd'hui la sécurité. Le souverain, entendu comme le copropriétaire du produit net des terres, doit veiller sur ses sujets en assurant leur défense à travers tout le territoire au moyen d'une force publique. Cette sûreté, que l'on pourrait qualifier de générale, conditionne la vie

17

⁴¹ Cf. Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, Paris, Plon, 1954.

⁴² Cf. Arnault Skornicki, « Liberté, propriété, sûreté. Retour sur une devise physiocratique », *Corpus. Revue de philosophie*, 2014, p. 17-36.

⁴³ Pierre-Samuel Du Pont de Nemours, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Londres et Paris, Desaint, 1768, p. 28. « Propriété, sûreté, liberté, voilà donc l'ordre social dans tout son entier », écrit pareillement Lemercier de la Rivière (*L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), édition du 250^e anniversaire, avec notes et variantes, accompagnée de documents relatifs aux éditions antérieures, présentation et transcription par Bernard Herencia avec la contribution de Béatrice Perez, Genève, Slatkine, 2017, p. 423).

⁴⁴ Dans une formulation proche de Montesquieu, Le Trosne entrelace la liberté et la sûreté : « La liberté civile consiste dans la *sûreté* et dans l'opinion qu'on en a ; dans le droit de faire tout ce qui n'est pas contraire aux Loix, d'être tranquille sous leur sauvegarde, de n'être soumis qu'à leur autorité, et d'être assuré de n'être jugé que par elles, si l'on a eu le malheur de les enfreindre » (*Vues sur la justice criminelle*, in *Les lois naturelles de l'ordre social*, présentation et transcription par Thérèse Carvalho, Genève, Slatkine, 2019, p. 460).

⁴⁵ Victor Riqueti, marquis de Mirabeau, « Neuvième lettre de M. B. à M. et la troisième sur la restauration de l'ordre légal (du 4 novembre 1767) », *Éphémérides du citoyen*, 1768, t. 5, p. 6. Dans le même sens, Mirabeau déclare : « La *propriété* [...], la *liberté* et la *sûreté*, trois parties indivisibles d'un même tout, sont la base indispensable de toute société » (« Dixième lettre de M. B... », *Éphémérides du citoyen*, 1768, t. 6, p. 23).

⁴⁶ Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, Paris, PUF, 1992, p. 11-12.

en société. Elle assure les propriétés et donne aux individus la certitude de pouvoir recueillir les fruits de leur travail et de leurs dépenses. L'impôt payé au souverain ne se justifie, selon les disciples de Quesnay, que parce qu'il garantit la sûreté. Le Trosne estime que le droit de l'autorité souveraine de « partager le revenu du territoire qu'elle gouverne », grâce aux prélèvements fiscaux, « dérive de la nécessité de pourvoir à la sûreté commune et à la conservation de toutes les propriétés particulières »⁴⁷. « C'est la sûreté que l'impôt donne à la propriété »⁴⁸, affirme dans le même sens Du Pont de Nemours.

De la sûreté publique découle donc une véritable « sûreté des propriétés », précepte fondamental qui vient chez les physiocrates avant même la sûreté individuelle. C'est grâce au prince souverain que les richesses de la terre peuvent être exploiter en toute quiétude et que la société peut accéder à la satisfaction de ses besoins économiques. Quesnay affirme : « La sûreté de la propriété est le fondement essentiel de l'ordre économique de la société. Sans la certitude de la propriété, le territoire resterait inculte »⁴⁹. Si la conservation du sol n'est pas assurée aux propriétaires qui avancent les dépenses foncières, la production agricole est condamnée à périliter voire à disparaître. « C'est la sûreté de la possession permanente, rappelle Quesnay, qui provoque le travail et l'emploi des richesses à l'amélioration et à la culture des terres, et aux entreprises du commerce et de l'industrie »⁵⁰. Autrement dit, l'absence de sûreté des propriétés entraînerait un redoutable effondrement économique du pays. N'étant pas sûrs de leurs droits, les propriétaires renonceraient à investir, empêchant tout enrichissement de la société. Et Nicolas Baudeau de conclure : « Sûreté des propriétés, voilà tout le pacte social en trois mots : l'abrégé de toutes les lois naturelles, et le germe unique des vraies lois positives »⁵¹.

Qu'en est-il dès lors de la sûreté appliquée aux libertés individuelles ? Si celle-ci est affirmée par les physiocrates avec moins d'emphase – peut-être parce qu'elle leur semble plus évidente que celle relative aux propriétés –, elle demeure au fondement même du pacte social. Bien que la société soit une donnée naturelle, l'État résulte selon eux d'un élément conventionnel. À l'instar de Hobbes, Pufendorf ou Locke, les physiocrates affirment l'existence de deux pactes sociaux comme fondement de l'organisation politique : premièrement, un pacte d'association (*pactum associationis*), conclu par les hommes entre eux afin de mieux jouir de leurs droits naturels ; deuxièmement, un pacte de sujétion (*pactum subjectionis*) établissant une autorité politique souveraine⁵². Les hommes acceptent volontairement de se soumettre à un

⁴⁷ Guillaume-François Le Trosne, *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*, Bâle, s. n., 1779, p. 80.

⁴⁸ Pierre-Samuel Du Pont de Nemours, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, op. cit., p. 58.

⁴⁹ François Quesnay, « Maximes générales du gouvernement économique d'un royaume agricole. Maxime IV », in *Physiocratie, ou constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, recueil publié par Pierre-Samuel Du Pont de Nemours, Leyde et Paris, Merlin, 1767-1768, 1^{ère} partie, p. 108.

⁵⁰ *Ibid.*, 1^{ère} partie, p. 108.

⁵¹ Nicolas Baudeau, « Vrais principes du droit naturel », *Éphémérides du citoyen*, 1767, t. 3, op. cit., p. 144.

⁵² Sur l'importance du pacte social chez les physiocrates, cf. Anthony Mergey, *L'État des physiocrates : autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2010, p. 37-66.

souverain dans le but de mieux protéger la sûreté des personnes et la propriété des biens. Ce contrat engage réciproquement gouvernants et gouvernés les uns par rapport aux autres. La sûreté constitue la mission première de l'autorité souveraine⁵³. « Cette puissance est instituée pour maintenir chacun de ses sujets dans la possession paisible de sa condition civile »⁵⁴, explique Lemercier de la Rivière. La sûreté est troublée dans deux hypothèses selon Le Trosne : « Au dedans par les crimes qui blessent les droits des citoyens, et au dehors par l'invasion des étrangers, qui attaqueraient le territoire et la propriété publique »⁵⁵.

Pour garantir la sûreté, le souverain dispose de la faculté d'user des lois positives, conformément à l'ordre naturel, et d'employer la force publique. « L'autorité souveraine armée de toutes les forces des sujets, et assurée de leurs volontés, se trouve élevée au milieu de tous pour le bonheur et la sûreté de tous »⁵⁶, déclare Le Trosne. Si le prince s'écarte de cette mission essentielle, ses conseillers ont pour devoir de le lui rappeler. Néanmoins, dans l'hypothèse où la loi positive viendrait menacer les droits naturels des individus, à commencer par la sûreté, il revient aux magistrats d'intervenir. En effet, les physiocrates envisagent une protection des droits par des organes juridictionnels. D'après Du Pont, les juges ne doivent pas appuyer leurs décisions sur « des ordonnances contraires à l'équité, et attentatoires aux droits de l'homme »⁵⁷. Il déclare à l'intention des magistrats : « Avant de juger vos frères, vous êtes donc strictement et religieusement obligés de juger les lois »⁵⁸. Cette idée de « juger les lois » est particulièrement intéressante car elle renvoie au contrôle de la norme. Pour faire appliquer les droits naturels, les physiocrates envisagent l'existence d'une magistrature active chargée de contrôler la conformité des lois du souverain. Ce contrôle est envisagé *a priori*, lors de l'élaboration de la loi, mais aussi de façon inédite pour l'époque, *a posteriori*, lorsque la loi est utilisée par le juge⁵⁹. Dès lors, si un prince, « égaré par de mauvais conseils » proposait « de mettre aux fers sa nation » ou « de convertir en esclaves ses sujets libres », ses décisions devraient être censurés par « les organes de la justice »⁶⁰. Les magistrats apparaissent ainsi comme le bras armé de la

⁵³ Le Trosne observe à ce sujet : « La société naturelle qui pourrait absolument gouverner tous les rapports entre des hommes instruits, raisonnables et justes, ne suffit donc pas pour les hommes tels qu'ils sont : il lui manque une condition essentielle à sa tranquillité et à sa durée, la sûreté pleine et entière. Il lui faut une sauvegarde toujours présente, dont la protection permette à chacun de s'occuper paisiblement de ses intérêts particuliers, et réprime toute invasion, toute lésion, toute injustice » (*De l'ordre social*, in *Les lois naturelles de l'ordre social*, op. cit., p. 104).

⁵⁴ Pierre Paul Lemercier de la Rivière, *Les vœux d'un Français, ou Considérations sur les principaux objets dont le roi et la nation vont s'occuper*, Paris et Versailles, Vallat-La-Chapelle et Vieillard, 1788, p. 26.

⁵⁵ Guillaume-François Le Trosne, *De l'ordre social*, op. cit., p. 230. Dans le même sens, le juriste orléanais écrit : « Le gouvernement chargé de la sûreté publique, doit donc être toujours prêt à repousser les attaques du dehors. Mais dans le sein de la société il y a des hommes injustes, disposés à usurper par la violence ou par la fraude ; il faut encore une force publique pour les réprimer et les contenir » (*De l'intérêt social*, in *Les lois naturelles de l'ordre social*, op. cit., p. 338).

⁵⁶ Guillaume-François Le Trosne, *De l'ordre social*, op. cit., p. 73, note 16.

⁵⁷ Pierre-Samuel Du Pont de Nemours, « Discours de l'éditeur », in *Physiocratie*, op. cit., p. lxxxii.

⁵⁸ *Ibid.*, p. lxxxii. Le physiocrate poursuit : « Les ordonnances, évidemment absurdes, évidemment injustes, sont comme non avenues pour vous ».

⁵⁹ Sur ce sujet, cf. Anthony Mergey, *L'État des physiocrates...*, op. cit., p. 155-178.

⁶⁰ Pierre Paul Lemercier de la Rivière, *Les vœux d'un Français...*, op. cit., p. 28.

sûreté. À ce titre, leur statut doit faire l'objet d'une forme de protection constitutionnelle. Lemer cier de la Rivière estime que la sûreté des magistrats est « encore plus sacré[e] » que pour les autres individus car « leur sûreté particulière devient la sûreté générale de toute la nation »⁶¹.

Fort de deux décennies d'expérience en tant qu'avocat du roi à Orléans et marqué par la lecture de Cesare Beccaria ou Michel-Joseph-Antoine Servan, Le Trosne connaît parfaitement la procédure criminelle établie par l'ordonnance de 1670 et suggère certaines améliorations dans ses *Vues sur la justice criminelle*⁶². En réformateur modéré, le physiocrate n'entend pas renverser le système répressif mais simplement l'amender. Ses nombreuses recommandations s'apparentent toutefois à ce que nous appelons aujourd'hui la sûreté individuelle. Il s'oppose au serment, qui ajoute souvent au crime un parjure, et conteste vertement l'usage de la question : « Quoi donc ! c'est de la force d'un accusé, de la texture de ses muscles, et de leur degré de sensibilité que va dépendre son sort »⁶³ ! En s'appuyant sur l'histoire du droit et ce qui se pratique à l'étranger, il propose une réforme de la codification pénale, une diminution des cas de peines capitales et la mise en place d'une réelle proportionnalité des peines car il ne peut accepter de voir « périr sur la même roue le voleur avec effraction, et le monstre qui a assassiné son père »⁶⁴. Il demande également que les accusés soient considérés comme innocents jusqu'à leur éventuelle condamnation, que les juridictions seigneuriales soient abolies et que les infractions tombées en désuétude ou qui freinent les activités économiques soient purement et simplement supprimées. En fin de compte, « il faut, en réglant les formes et l'instruction, combiner et concilier l'intérêt social avec les droits du citoyen accusé ; et pour graduer et déterminer les peines, il faut avoir continuellement devant les yeux, que les peines, pour être justes, doivent être publiques, promptes, nécessaires, fixées par la loi et non laissées à l'arbitrage du juge, proportionnées aux délits, et cependant les moindres qui soient possibles, dans les circonstances données »⁶⁵. Michel Foucault, qui évoque à plusieurs reprises les *Vues sur la justice criminelle* dans *Surveiller et punir*, estime finalement que chez Le Trosne, « la lutte pour la délimitation du pouvoir de punir s'articule directement sur l'exigence de soumettre l'illégalisme populaire à un contrôle plus strict et plus constant »⁶⁶. Si les propositions de Le Trosne ne sont pas révolutionnaires, elles ont le mérite de souligner la nécessité pour le système judiciaire de protéger « la sûreté personnelle », expression du reste employée par l'auteur⁶⁷.

⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

⁶² Longtemps resté dans l'ombre, Le Trosne a récemment fait l'objet d'une recherche collective, cf. Anthony Mergey, Michel Pertué et Jean-Paul Pollin (dir.), *Guillaume-François Le Trosne (1728-1780). Itinéraire d'une figure intellectuelle orléanaise au siècle des Lumières*, Paris, Mare & Martin, 2023.

⁶³ Guillaume-François Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 476.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 498.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 499.

⁶⁶ Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 105.

⁶⁷ Guillaume-François Le Trosne, *De l'ordre social*, *op. cit.*, p. 236, note 103 ; *Vues sur la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 487.

III. La reconnaissance révolutionnaire d'un droit à la sûreté

À la veille de la Révolution, le physiocrate Du Pont de Nemours suggère de donner aux droits naturels une concrétisation matérielle au sein d'une « déclaration de droits »⁶⁸. S'il reconnaît que les déclarations américaines contiennent des vérités indubitables, il leur reproche de n'être « ni complètes, ni suffisamment méthodiques »⁶⁹. Il se montre favorable à une déclaration de portée universelle permettant de renforcer le caractère contraignant des droits naturels que sont la propriété, la liberté et la sûreté. Une fois déclarés, les droits ne pourraient plus être méconnues par les autorités et deviendraient « à la garde de tous les hommes »⁷⁰. Au cours du mois de mars 1789, Du Pont de Nemours rédige le cahier de doléances de son bailliage qui reprend le principe d'une déclaration des droits. Parmi les trente articles proposés, le terme « sûreté » est utilisé à cinq reprises. Les articles 12, 13 et 14 sont particulièrement éloquents :

« Art. 12. Tout homme doit être protégé par les autres hommes et par le corps entier de la société, contre toute atteinte à sa liberté, à sa propriété ou à sa sûreté.

Art. 13. La liberté, la propriété, la sûreté ne doivent jamais être violées impunément.

Art. 14. Nul homme ne doit être exposé à voir agir contre lui la force du gouvernement, si ce n'est dans le cas où il aurait attenté à la liberté, à la propriété ou à la sûreté d'un autre homme. »⁷¹.

Lorsqu'il prend la parole devant l'Assemblée nationale constituante, la position de Du Pont de Nemours demeure inchangée. Cependant, encore une fois, le physiocrate n'entend pas la sûreté uniquement au sens de garantie contre l'arbitraire mais aussi au sens de sécurité. Le 4 août 1789, fait méconnu, la séance du soir s'ouvre par une discussion autour d'un projet d'arrêté relatif à la sûreté du royaume. En effet, le pays est traversé par ce que les historiens ont appelés la « Grande peur »⁷². Dans de nombreuses provinces, des paysans armés s'en prennent aux châteaux ou aux abbayes, notamment dans le but de brûler les livres terriers servant à établir les droits seigneuriaux. L'Assemblée se sent obligée de répondre fermement à cette insurrection paysanne. Du Pont de Nemours, qui est l'un des premiers à prendre la parole, appelle au rétablissement rapide de l'ordre public et au maintien des lois en vigueur, tant que les représentants de la nation n'ont pas réformé la législation. Il déclare « que tout

⁶⁸ Pierre-Samuel Du Pont de Nemours, « Notes », in R. A. Livingston, *Examen du gouvernement d'Angleterre, comparé aux constitutions des Etats-Unis*, Londres et Paris, Froullé, 1789, p. 200.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 200.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 200. Il poursuit : « Il est impossible qu'une constitution imparfaite ou de mauvaises lois, soient durables dans un état où l'humanité est riche d'une bonne déclaration de droits. Il est impossible qu'une bonne déclaration de droits dans un seul coin du monde, ne devienne la loi universelle ».

⁷¹ « Cahier du tiers-état du bailliage de Nemours », in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Première série (1787-1799)*, sous la dir. de Émile Laurent et Jérôme Mavidal, Paris, Librairie administrative Dupont, 1879, t. 4, p. 162.

⁷² Cf. Georges Lefebvre, *La Grande peur de 1789*, Paris, Armand Colin, 2014 ; Timothy Tackett, « La Grande Peur et le complot aristocratique sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 2004, n° 335, p. 1-17.

citoyen est obligé d'obéir aux lois, en respectant la liberté, la sûreté et la propriété des autres citoyens »⁷³. Au regard du contexte, il est patent que la sûreté doit s'entendre ici avant tout comme une sécurité physique des citoyens.

L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 place la sûreté au sein du quatuor de tête des droits naturels et imprescriptibles, après la liberté et la propriété mais avant la résistance à l'oppression. Cependant, le texte ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par « sûreté ». L'article 7 garantit à tout individu, quel que soit son origine, de ne pas être arbitrairement accusé ou détenu hors des conditions prévues par la loi⁷⁴. On pourrait donc y voir apparemment une victoire de la *sûreté-garantie* sur la *sûreté-sécurité*. En effet, aucun droit à la sécurité – selon nos mots d'aujourd'hui – n'est ostensiblement proclamée. Une lecture minutieuse des débats de l'époque ouvre néanmoins la possibilité d'une interprétation extensive. Du 5 mai au 15 septembre 1789, les archives parlementaires indiquent que le terme « sûreté » a été utilisé 82 fois par les Constituants, tandis que le terme « sécurité » a été employé seulement 27 fois, dans un contexte où l'ordre public est pourtant vivement perturbé. En fait, les deux mots sont souvent utilisés par les députés comme des synonymes interchangeables. En déclarant un droit à la sûreté, les révolutionnaires de 1789 aspirent à garantir également la tranquillité de la vie civile. Tout homme a le droit de vivre en sûreté, et cela s'applique tant à sa personne qu'à ses biens. Lors des travaux préparatoires, le comte de Mirabeau, dépositaire de l'héritage physiocratique, avait même proposé de reconnaître la détention d'armes comme un droit de l'homme. Il avait préparé un article 10 rédigé de la manière suivante : « Tout citoyen a le droit d'avoir chez lui des armes et de s'en servir, soit pour la défense commune, soit pour sa propre défense, contre toute agression illégale qui mettrait en péril la vie, les membres ou la liberté d'un ou plusieurs citoyens »⁷⁵. Cette proposition rejetée, au motif que « le droit déclaré dans cet article est évident de sa nature »⁷⁶, montre que la question sécuritaire est loin d'être ignorée par les Constituants.

En 1791, l'écrivain suisse Rodolphe Louis d'Erlach publie ses *Précis des devoirs des souverains*. Il distingue alors la *sûreté intérieure*, qui consiste « à défendre chaque individu de l'État contre les attaques d'un autre individu », de la *sûreté extérieure* qui se résume « à défendre ses sujets contre les attaques étrangères »⁷⁷. C'est bien de ce que nous appelons de nos jours la sécurité dont il est question sous la plume d'Erlach. La *sûreté-garantie*, destinée à la conservation des droits, n'est pas envisagée.

⁷³ *Archives Parlementaires*, 1^{ère} série, *op. cit.*, t. 8, p. 345.

⁷⁴ Article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

⁷⁵ Assemblée nationale, « Séance du mardi 18 août 1789 », in *Archives Parlementaires*, 1^{ère} série, *op. cit.*, t. 8, p. 455.

⁷⁶ *Ibid.*, t. 8, p. 455.

⁷⁷ Rodolphe Louis d'Erlach, *Précis des devoirs des souverains*, Lausanne, Mourer, 1791, p. 12.

Au fil de la Révolution, la conception strictement individuelle de la sûreté glisse vers une acception plus sociale et collective. Comme nous l'avons rappelé plus haut, la Déclaration de 1793 offre une définition complète de la sûreté mais en tant que « *protection accordée par la société* à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés » (article 8). De son côté, la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 22 août 1795, reconnaît à la sûreté la troisième place après la liberté et l'égalité mais avant la propriété. Les Thermidoriens, traumatisés par la Terreur, insistent considérablement sur les droits du justiciable et le principe de la légalité des délits et des peines. L'article 4, qui lui est consacrée, explique que la sûreté « résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun ». En somme, il s'agit autant d'un droit que d'un devoir, pour l'État et tous les citoyens, de respecter les droits d'autrui. Or, veiller à la liberté et à la propriété d'autrui ne revient-il pas implicitement à garantir sa sécurité ?

*

* *

Du XVI^e au XVIII^e siècle, la notion juridique de sûreté évolue mais reste donc largement polysémique. À côté d'une sûreté publique, destinée à maintenir l'ordre dans le royaume, apparaît une sûreté individuelle, rempart contre les arrestations, emprisonnements et peines arbitraires. Néanmoins, la seconde acception ne se substitue jamais entièrement à la première. Penseurs jusnaturalistes, physiocrates et révolutionnaires partagent le plus souvent une conception extensive de la sûreté, qui s'entend à la fois comme une sécurité vis-à-vis des autres citoyens et comme une garantie contre les abus du pouvoir, les deux servant au fond le même objectif : rester sûr de sa personne et de ses biens. Comme l'écrit Catherine Larrère, la sûreté est « l'affirmation d'un droit individuel mais non individualiste, qui s'épanouit à l'intérieur de l'État, et qui est fondé sur la loi naturelle : celle-ci fait de la conservation de l'existence un devoir »⁷⁸. En effet, il s'agit autant d'un droit pour le citoyen que d'un devoir pour l'autorité publique.

Il est finalement périlleux de vouloir comprendre les mentalités d'hier en se fiant aux mots d'aujourd'hui. La langue, comme le droit, change au fil du temps. Un mot a plusieurs sens et peut en acquérir de nouveaux, remarquait Paul Ricoeur⁷⁹. La sûreté se révèle être une notion ambiguë qui résiste à toute simplification herméneutique. On comprend que François Luchaire, riche de son expérience au Conseil constitutionnel, estime qu'« à bien y réfléchir la sûreté dans ses différentes acceptions peut paraître dangereuse à bien des esprits »⁸⁰. Cette même notion peut alternativement servir à défendre les libertés ou à les limiter. La difficulté épistémologique que nous rencontrons à comprendre précisément ce que les hommes

⁷⁸ Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle*, op. cit., p. 10.

⁷⁹ Cf. Paul Ricoeur, *La métaphore vive*, Paris, Seuil, 1975.

⁸⁰ François Luchaire, « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », op. cit., p. 633. Il fut membre du Conseil constitutionnel de 1965 à 1974 et contribua ainsi à la fameuse décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971.

du passé veulent dire lorsqu'ils emploient le mot sûreté nous rappelle que le droit, à l'instar de la théologie, est avant tout une discipline exégétique. Il revient aux juristes du temps présent d'arrêter le sens d'énoncés équivoques qui n'auraient pas forcément été interprétés de la même manière il y a deux siècles et qui ne le seront probablement pas de façon identique dans deux siècles. Tel est le destin des mots de sans cesse courir derrière la pensée. Comme l'observait Jean Paulhan, tout aurait sans doute été dit « si les mots n'avaient changé de sens ; et les sens, de mots »⁸¹.

⁸¹ Jean Paulhan, *Clef de la poésie*, Paris, Gallimard, 1944.

De la protection des individus à la protection de la société : la sûreté en Révolution (1789-1799)

François Moncassin

Docteur en Histoire du droit de l'Université Toulouse-Capitole
Enseignant-chercheur contractuel (ECER) en Histoire du droit à l'Université d'Angers

L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.⁸² » Le législateur Constituant de 1789 décide donc de faire de la sûreté le troisième des droits fondamentaux⁸³.

Que faut-il entendre par sûreté ? De nos jours, la sûreté est définie comme un droit qui permet la protection de l'homme contre l'arbitraire étatique⁸⁴. Se pose alors la question de déterminer plus précisément la notion de sûreté. C'est la raison pour laquelle nous avons eu recours au *Dictionnaire de l'Académie française*. La première édition de 1694 présente plusieurs entrées pour ce terme. Nous retiendrons celle qui le définit comme l'« Esloignement de tout péril ; estat de celuy qui n'a rien à craindre.⁸⁵ » La sûreté est alors synonyme de tranquillité. La deuxième édition de 1718 reprend cette première acception du terme, mais ajoute une autre entrée, celle de la « seureté publique. » Celle-ci est définie comme « la tranquillité publique, dont chacun jouit dans un estat quand chacun peut aller & venir librement & sans rien craindre.⁸⁶ » Le terme est donc précisé : la sûreté publique renvoie à la liberté de se déplacer, c'est-à-dire de ne pas être entravé. La troisième édition de 1740⁸⁷ ne reprend pas l'entrée « seureté publique. » Elle semble donc considérer que la présentation générale de la première édition suffit à définir ce volet de la sûreté. Les quatrième, cinquième,

25

⁸² *Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale, la Convention et le Corps législatif (mai 1789-10 germinal an VIII)*, Paris, Chez Baudouin, Imprimerie nationale, 1789-brumaire an IV [abrégé ensuite sous la forme *Coll. Baudouin*], vol. 1, p. 72.

⁸³ Ces droits fondamentaux, contenus dans la Déclaration des droits de 1789, ont été présentés par l'historiographie qui s'intéresse à l'élaboration, à la forme, au fond et à la portée de ce texte. Par exemple, DELVAUX (Paul), « Analyse lexicale des débats à la Constituante sur la Déclaration des droits de l'homme », in *Droits*, 1985, 2, p. 23-33 ; MARTIN (Xavier), « Sur l'homme de la déclaration des droits », in *Droits*, n°8, 1988, p. 83-91 ; RIALS (Stéphane), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 ; PETOT (Jean), « La Déclaration des droits de 1789, monument d'ambiguïté », in *Revue Paris-Sud Université*, n°19, décembre 1989, p. 10-15 ; CARBASSE (Jean-Marie), « Le droit pénal dans la déclaration des droits », in *Droits*, vol. 8, 1998, p. 123-134 ; ANSELME (Isabelle), *L'invocation de la Déclaration des droits de l'Homme et la Constitution dans les débats de l'Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ, 2014 ; CHICOT (Pierre-Yves), « Droit positif et sacré : l'exemple du droit de propriété dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in *Les Annales de droit*, 2014, 8, p. 33-57.

⁸⁴ GUINCHARD (Serge) et DEBARD (Thierry), *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Paris, Dalloz, 2022, p. 1029.

⁸⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Chez la Veuve de Jean-Baptiste Coignard, Imprimeur ordinaire du Roy & de l'Académie française, 1^{re} éd., 1694, t. 2, p. 473.

⁸⁶ *Ibid.*, 2^e éd., 1718, t. 2, p. 593.

⁸⁷ *Ibid.*, 3^e éd., 1740.

sixième et septième éditions reprennent, peu ou prou, la même définition de la sûreté que celle qui est contenue dans la première édition de 1694⁸⁸. C'est la huitième édition de 1935 qui ajoute une nouvelle dimension à la notion de sûreté, celle de la police de sûreté⁸⁹. Cette police, chargée de la sûreté, est recrée en juin 1853. On parle alors de la direction de la Sûreté générale, branche du ministère de l'Intérieur⁹⁰. Cette direction trouve ses origines dans le ministère de la Police générale, instituée le 12 nivôse an IV (2 janvier 1796)⁹¹. Les deux dimensions de la notion de sûreté apparaissent alors : d'une part, la protection des individus contre l'arbitraire étatique et, d'autre part, la protection de l'État contre les ennemis de l'intérieur.

Pour Delamare, dans son *Traité de la police* de 1705, la sûreté est une des activités de la police – police au sens d'administration. Elle est même placée à proximité immédiate de la notion de tranquillité publique. Delamare considère certainement que les deux notions vont de pair⁹². La compétence de la lieutenance générale de police de Paris, créée en 1667⁹³, n'étonne donc pas. Un bureau de Sûreté est créé en son sein qui intervient, notamment, pour les affaires de vol⁹⁴. La sûreté intéresse, encore une fois, deux parties : la victime, dont le tort qu'elle a subi doit être réparé, et l'État, dont la mission de maintien de la tranquillité publique doit être assurée.

Avec la philosophie des Lumières, l'arbitraire royal est largement décrié, notamment en lien avec la sûreté individuelle. En effet, les lettres de cachet sont vilipendées par les auteurs⁹⁵. Toutefois, cet instrument monarchique doit être ramené à sa juste proportion. On sait désormais qu'elles « furent rarement utilisées en matière politique – sauf lorsque les querelles parlementaires atteignirent leur paroxysme, elles

⁸⁸ Pour la 4^e éd., *ibid.*, Paris, Bernard Brunet, 4^e éd., 1762, t. 2, p. 783 : « Éloignement de tout péril, état de celui qui n'a rien à craindre. » Pour la 5^e éd., *ibid.*, Paris, Chez J. J. Smits et Cie, Imp.-Lib., 5^e éd., 1798, t. 2, p. 617 : « Éloignement de tout péril, état de celui qui n'a rien à craindre. » Pour la 6^e éd., *ibid.*, Paris, Imprimerie et Librairie de Firmin Didot Frères, 6^e éd., 1835, t. 2, p. 798 : « Éloignement de tout péril, état de celui qui n'a rien à craindre pour sa personne ou pour sa fortune. » Pour la 7^e éd., *ibid.*, 7^e éd., 1878, t. 2, p. 802 : « Éloignement de tout péril, état de celui qui n'a rien à craindre pour sa personne ou pour sa fortune. »

⁸⁹ *Ibid.*, Paris, Librairie Hachette, 8^e éd., 1935, t. 2, p. 626 : « Éloignement de tout péril ; état de celui qui n'a rien à craindre pour sa personne ou pour sa fortune ; état de ce qui est à l'abri [...] *Police de sûreté*, Police chargée de la sûreté de l'État. »

⁹⁰ AUBOUIN (Michel), TEYSSIER (Arnaud) et TULARD (Jean) (dir.), *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-Âge à nos jours*, Paris, Robert Laffont, 2005, p. 874.

⁹¹ *Coll. Baudouin, op. cit.*, vol. 69, p. 65-67.

⁹² DELAMARE (Nicolas), *Traité de la police, Où l'on trouvera l'histoire de son établissement, les fonctions et les prérogatives de ses magistrats, toutes les loix et tous les reglemens qui la concernent*, Paris, Jean et Pierre Cot, 1705, vol. 1, p. 4. L'auteur présente la police comme une notion « toute renfermé dans ces onze parties que l'on vient de parcourir ; la religion ; la Discipline des mœurs ; la Santé ; les Vivres ; la Seureté, & la Tranquillité publique ; la Voierie ; les Sciences, & les Arts Libéraux ; le Commerce, les Manufactures, & les Arts Mécaniques ; les Serviteurs Domestiques, les Manouvriers, & les Pauvres. »

⁹³ ISAMBERT (François-André), DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XVIII, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 100.

⁹⁴ Ce bureau de Sûreté a particulièrement été étudié par Vincent Milliot dans son ouvrage « *L'admirable police. » Tenir Paris au siècle des Lumières*, Paris, Champ Vallon, 2016.

⁹⁵ Sur les critiques des lettres de cachet, QUETEL (Claude), *De par le roy : essai sur les lettres de cachet*, Toulouse, Privat, 1981 ; STRAYER (Brian E.), *Lettres de Cachet and Social Control in the Ancien Regime, 1659-1789*, New-York, Peter Lang, 1992 ; DEMARS-SION (Véronique), « Les lettres de cachet, instrument de l'absolutisme ? », in DAUCHY (Serge), et LECOMTE (Catherine) (dir.), *L'absolutisme éclairé*, Actes des Journées internationales tenues à Versailles du 1^{er} au 4 juin 2000 [organisé par la] Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons, Lille, Centre d'Histoire judiciaire, 2002, p. 61-82 ; SAVORNIN (Marie-Noël), *Les lettres de cachet pour affaires de famille à Paris au XVIII^e siècle*, Thèse d'Histoire, Paris, EHESS, 2002.

furent presque toujours envoyées à la demande même des familles.⁹⁶ » Ainsi, elles permettent surtout aux nobles d'échapper aux prisons ordinaires.

Dans l'imaginaire collectif, la prise de la Bastille le 14 juillet 1789 marque l'apogée de la colère contre les détentions arbitraires⁹⁷. Toutefois, parmi les sept embastillés libérés, deux faux-monnayeurs sont à nouveau enfermés le 15 juillet, preuve s'il en est que la pratique des détentions arbitraires n'a pas dit son dernier mot. Dans ce sillage, la Déclaration du 26 août 1789 consacre le droit à la sûreté⁹⁸. Cette sûreté est d'abord une garantie donnée à chaque citoyen qu'il ne sera pas privé de sa liberté de manière arbitraire. La sûreté est alors dirigée contre l'arbitraire royal, mais également contre l'arbitraire judiciaire. C'est dans ce sens que peut être lue la mise en place de la police de sûreté dans la nouvelle procédure criminelle⁹⁹.

Mais, progressivement, à mesure que les dangers se font de plus en plus pressants, les conditions d'exercice du droit à la sûreté individuelle ne sont plus garanties. C'est pour cela qu'une sûreté supérieure est avancée, la sûreté générale¹⁰⁰. Cette sûreté générale est chargée de pourvoir à la sécurité de la Révolution. La sûreté générale conditionne donc l'existence de la sûreté individuelle, du moins à partir de l'été 1792. La fin de la Terreur et la réaction thermidorienne ne reviennent pas sur cette relation. Le Directoire ne reprend certes pas le terme de sûreté, du moins en apparence, mais la police générale est chargée de la sûreté de l'État¹⁰¹.

Dès lors, l'objectif est de montrer les deux sens du terme de sûreté sous la Révolution. Si, à partir de l'été 1789, la sûreté individuelle est dressée contre l'arbitraire d'Ancien Régime, un basculement s'opère à partir de l'été 1792. La force de la sûreté

⁹⁶ BLUCHE (Frédéric), « Lettres de cachet », en ligne : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/lettre-de-cachet/>, consulté le 28/10/2022.

⁹⁷ Sur le symbole que représente la prise de la Bastille, COTTRET (Monique), *La Bastille à prendre. Histoire et mythe de la forteresse royale*, Paris, PUF, 1986 ; GODECHOT (Jacques), *La prise de la Bastille : 14 juillet 1789*, Paris, Gallimard, 1989 ; LÜSENBRINK (Hans-Jürgen) et REICHARDT (Rolf), *The Bastille. A history of a symbol despotisme*, Durham, Duke University Press, 1997 ; REICHARDT (Rolf), *L'imagerie révolutionnaire de la Bastille*, Paris, Paris Musées, 2009 ; QUETEL (Claude), *L'histoire véritable de la Bastille*, Paris, Tallandier, 2013.

⁹⁸ Coll. Baudouin, *op. cit.*, vol. 1, p. 72. L'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 dispose en effet que « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. » Sur le droit à la sûreté, BINET (Michel), *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et les détentions arbitraires*, Thèse de Droit, Nancy, 1937 ; GASSIN (Raymond), *La liberté individuelle devant le droit pénal*, Paris, Sirey, 1980 ; EL IDRISSI (Abdelaziz), *Le droit à la sûreté : arrestation et détention arbitraire*, Thèse de droit, Université Toulouse 1, 2005 ; DELMAS-MARTY (Mireille) (dir.), *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Le Seuil, 2010.

⁹⁹ La mise en place de cette police a particulièrement été étudiée par MONCASSIN (François), *L'accusation : enquête et poursuites sous la Révolution (1789-1795)*, Thèse de Droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2021, t. I, p. 225-257.

¹⁰⁰ La notion de sûreté générale a principalement été étudiée à travers la mise en place du Comité de Sûreté générale. À titre indicatif, voir BELLONGI (Georges), *Le Comité de Sûreté générale de la Convention nationale*, Paris, Thèse d'Histoire, Université de Paris, 1924 ; EUDE (Michel), « Le Comité de Surveillance de l'Assemblée législative (1791-1792) », in *A.H.R.F.*, 1964, 176, p. 129-148 et « Le Comité de Sûreté générale en 1793-1794 », in *A.H.R.F.*, 1985, 261, p. 295-306 ; CADIO (Émilie), « Le Comité de Sûreté générale (1792-1795) », in *La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 2012, 3 [En ligne : [Le Comité de sûreté générale \(1792-1795\) \(openedition.org\)](https://www.openedition.org/le-comite-de-surete-generale-1792-1795), consulté le 27 octobre 2022]. Pour une étude de l'action de la police de sûreté générale, SAUTEL (Gérard), « Police de sûreté et municipalité en 1792 », in AUBIN (Gérard), *Études offertes à Pierre Jaubert. Liber Amicorum*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, p. 647-664 ; MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. II, p. 400-428.

¹⁰¹ Le ministère de la police générale a notamment été étudié par MARTIN (Frédéric), *Le ministère de la Police sous le Directoire*, Thèse de Droit, Université Paris 12, 2004.

individuelle est alors progressivement diminuée, pour garantir la sûreté générale. C'est désormais la notion de sûreté générale qui conditionne l'existence de la sûreté individuelle. Autrement dit, pour que la sûreté individuelle puisse se déployer totalement, elle doit se réaliser dans un État lui-même en paix, lui-même en sûreté. C'est pour cela que la sûreté générale est un préalable indispensable à la sûreté individuelle.

Pour analyser ce mécanisme, nous verrons d'abord, dans un premier temps, que la sûreté sert à défendre les libertés individuelles contre les autorités publiques. Puis, dans un second temps, nous montrerons que la sûreté générale sert à défendre la société, l'État, le tout, contre les individus qui l'attaquent.

I. Défendre les libertés individuelles grâce à la sûreté (1789-1792)

Les Constituants de 1789 décident de consacrer la sûreté comme un des quatre droits de l'homme. Cette reconnaissance s'inscrit alors dans un contexte de critiques massives contre l'arbitraire. Pour les députés, il est impératif donc d'éradiquer le despotisme dans deux directions. Tout d'abord, il s'agit d'éviter la tyrannie de l'exécutif (A). Ensuite, il est primordial de faire disparaître l'arbitraire judiciaire (B).

28

A. Un des droits fondamentaux de l'homme : un rempart contre la tyrannie de l'exécutif

Dans son article Tyran, l'*Encyclopédie de Diderot et d'Alembert* n'y va pas sans détour. En effet, elle affirme que, « de tous les fléaux qui affligent l'humanité, il n'en est point de plus funestes qu'un tyran ; uniquement occupé du soin de satisfaire ses passions, & celles des indignes ministres de son pouvoir, il ne regarde ses sujets que comme de vils esclaves, comme des êtres d'une espèce inférieure, uniquement destinés à assouvir ses caprices, & contre lesquels tout lui semble permis ; lorsque l'orgueil & la flatterie l'ont rempli de ces idées, il ne connoît de lois que celles qu'il impose ; ces lois bizarres dictées par son intérêt & ses fantaisies, sont injustes, & varient suivant les mouvements de son cœur.¹⁰² » Le tyran, aidé de ses ministres, ne raisonne donc pas suivant l'intérêt général, mais suivant son intérêt particulier. De manière conséquente, les textes dont il est l'auteur ne respectent pas les principes supérieurs de la nature puisqu'ils ne doivent servir que ses propres volontés. Pour lutter contre

¹⁰² DIDEROT (Denis) et LE ROND D'ALEMBERT (Jean), *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Paris, Chez Samuel Faulche & Compagnie, Libraires & Imprimeurs, 1765, t. 16, p. 784.

l'arbitraire de ses actes, les révolutionnaires décident de diriger leurs coups dans deux directions, celle de l'abolition des lettres cachet et celle de la séparation des pouvoirs.

Dans un premier temps, le symbole de l'arbitraire royal se retrouve dans les lettres de cachet¹⁰³. Elles permettent au pouvoir royal de priver de sa liberté un individu, sans que la justice n'ait eu à se prononcer sur le fond de l'affaire. Mais, dès le 23 juin 1789, Louis XVI demande aux États généraux de lui faire une proposition relative aux « moyens les plus convenables de concilier l'abolition des ordres connus sous le nom de lettres de cachet, avec le maintien de la sûreté publique.¹⁰⁴ » Le pouvoir royal est donc bien conscient que ces actes secrets doivent être réformés. C'est d'ailleurs le vœu des cahiers de doléances qui préfèrent une évolution du système à une suppression¹⁰⁵.

Les débats à la Constituante au sujet des lettres de cachet sont houleux. Ainsi, Jeanne-Marie Jandeaux rappelle parfaitement que les députés se divisent en deux camps¹⁰⁶. Dans le premier camp se trouvent les partisans de la suppression pure et simple des lettres de cachet, en application de la Déclaration des droits de 1789. En effet, pour lutter contre ces lettres de cachet, le Constituant précise la notion de sûreté dans les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration du 26 août 1789. Les articles 7 et 9 interdisent les détentions arbitraires. Quant à l'article 8, il reconnaît le principe de légalité des délits et des peines : l'emprisonnement ne doit plus pouvoir être prononcé qu'en vertu d'une loi pénale préexistante. Dans le second camp sont situés ceux qui, comme Bailly, estiment qu'il est préjudiciable de libérer des milliers de personnes qui peuvent se montrer dangereuses, d'autant plus dans le climat d'alors. Pour rassurer les deux camps, un comité des lettres de cachet entre en fonction à la fin de l'année 1789. Il est chargé de répertorier l'ensemble des individus enfermés par lettre de cachet et de trouver les raisons de leur détention.

Finalement, la loi des 16-26 mars 1790 abolit les lettres de cachet¹⁰⁷. C'est la raison pour laquelle l'article 13 du titre VII de la première partie du Code pénal dispose que

¹⁰³ L'historiographie a longuement étudié les lettres de cachet en faisant ressortir leur rôle. En effet, elles permettent, notamment, aux familles d'éviter le règlement judiciaire des différends. Ainsi, FUNCK-BRENTANO (Frantz), *Les lettres de cachet à Paris, étude suivie d'une liste des prisonniers de la Bastille*, Paris, Impr. nationale, 1903 ; QUETEL (Claude), *De par le roy : essai sur les lettres de cachet*, Toulouse, Privat, 1981 ; STRAYER (Brian E.), *Lettres de Cachet and Social Control in the Ancien Regime, 1659-1789*, New-York, Peter Lang, 1992 ; DEMARS-SION (Véronique), « Les lettres de cachet, instrument de l'absolutisme ? », in DAUCHY (Serge) et LECOMTE (Catherine), *L'absolutisme éclairé*, Actes des Journées internationales tenues à Versailles du 1^{er} au 4 juin 2000 [organisé par la] Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2002, p. 61-82 ; SAVORNIN (Marie-Noël), *Les lettres de cachet pour affaires de famille à Paris au XVIII^e siècle*, Thèse d'Histoire, Paris, EHESS, 2002.

¹⁰⁴ Coll. Baudouin, *op. cit.*, vol. 1, p. 101.

¹⁰⁵ Les critiques adressées à l'encontre des détentions arbitraires ont fait l'objet de plusieurs travaux. Ainsi, DOUARCHE (Aristide), « Les victimes de lettres de cachet devant les tribunaux de la Révolution », in *La Revue du Palais*, Paris, 15 juillet 1905, 9^e année, 2^e série, n^o7, p. 20-41 ; CARBASSE (Jean-Marie), « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », in *Droit, revue française de théorie juridique*, vol. 8, Paris, 1988, p. 123-134 ; MARTUCCI (Roberto), « En attendant Le Pelletier de Saint-Fargeau : la règle pénale au début de la Révolution », in *A.H.R.F.*, 2002, n^o328, p. 77-104 ; JANDEAUX (Jeanne-Marie), « La révolution face aux "victimes du pouvoir arbitraire" : l'abolition des lettres de cachet et ses conséquences », in *A.H.R.F.*, 2012/2, n^o368, p. 33-60.

¹⁰⁶ JANDEAUX (Jeanne-Marie), « La révolution face aux "victimes du pouvoir arbitraire" : l'abolition des lettres de cachet et ses conséquences », *op. cit.*

¹⁰⁷ Coll. Baudouin, *op. cit.*, vol. 2, p. 200-202.

« L'usage de tous actes tendans à empêcher ou à suspendre l'exercice de la justice criminelle, l'usage des lettres de grace, de rémission, d'abolition, de pardon & de commutation de peine, sont abolis pour tout crime poursuivi par voie de juré.¹⁰⁸ » L'étude de la loi de mars 1790 permet de voir que les révolutionnaires ont tout de même tenté de trouver un équilibre entre la libération pure et simple et le maintien dans des cas justifiés. Par exemple, l'article 6 de ce décret prévoit que ceux qui sont détenus sur demande de leur famille pourront être libérés dans un délai de trois mois, à condition qu'aucune action en justice n'ait été déclenchée¹⁰⁹.

Dans un second temps, ce qui permet de lutter contre la tyrannie de l'exécutif, c'est évidemment la distinction des pouvoirs. D'une manière générale, l'article 16 de la Déclaration des droits affirme que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.¹¹⁰ » La séparation des pouvoirs est élevée en arme absolue contre l'arbitraire étatique¹¹¹. À ce titre, et afin d'éviter que l'exécutif ne contrevienne à la sûreté individuelle, il est nécessaire de cantonner ses attributions. Le roi ne doit plus être là que pour garantir l'exécution des lois. Il s'agit d'éviter que les lois ne servent qu'à répondre à ses intérêts personnels, comme le dit l'*Encyclopédie*¹¹². Il n'est dès lors plus celui qui élabore la loi, ni celui qui en sanctionne les manquements. La distinction des pouvoirs exécutif et législatif doit donc permettre d'assurer la théorie de la loi – expression de la volonté générale¹¹³. Elle n'est plus le fait du monarque mais le résultat de la volonté de la majorité. C'est parce qu'elles proviennent de la majorité que les lois sont considérées comme justes. Dès lors, les lois ne peuvent plus contrevenir à la sûreté individuelle.

¹⁰⁸ *Ibid.*, vol. 19, p. 584.

¹⁰⁹ *Ibid.*, vol. 2, p. 202. L'article 6 dispose en effet que « Quant à ceux qui ont été renfermés sur la demande de leur famille, sans qu'aucun corps de délit ait été constaté juridiquement, sans même qu'il y ait eu de plainte portée contre eux en justice, ils obtiendront leur liberté, si dans le délai de trois mois, aucune demande n'est présentée aux tribunaux, pour raison des cas à eux imputés. »

¹¹⁰ *Ibid.*, vol. 1, p. 74.

¹¹¹ Ce principe a donné lieu à de multiples travaux qui analysent, non seulement sa portée politique, mais aussi ses conséquences juridiques. De manière non exhaustive, nous rappelons les travaux de MIRKINE-GUETZEVITCH (Boris), « De la séparation des pouvoirs », in MIRKINE-GUETZEVITCH (Boris) et PUGET (Henri) (dir.), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu : bicentenaire de L'Esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 161-181 ; TROPER (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, PUF, 1980, 2^e éd. ; TROPER (Michel), « L'interprétation de la Déclaration des droits : l'exemple de l'article 16 », in *Droits*, n°8, 1988, p. 111-122 ; CHEVALIER (Jacques), *La séparation des pouvoirs*, in *Association française des constitutionnalistes. La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 113-152 ; MELIN-SOUCRAMNIEN (Ferdinand) et PARIENTE (Alain) (dir.), *La séparation des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2006 ; BARBERIS (Mauro), « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », in *Pouvoirs*, 2012/4, n°143, p. 5-15 ; LAQUIEZE (Alain), « Séparation des pouvoirs et balance des pouvoirs au XVIII^e siècle : Montesquieu et la Constitution des États-Unis », in MACHELON (Jean-Pierre) et VERGENNES (Charles-Philippe de) (dir.), *L'Europe des Lumières et la Constitution américaine*, Éd. Mare & Martin, 2017, p. 31-56.

¹¹² DIDEROT (Denis) et LE ROND D'ALEMBERT (Jean), *Encyclopédie...*, op. cit., t. 13, p. 255.

¹¹³ La théorie de la volonté générale a été notamment étudiée par l'intermédiaire des écrits de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) comme nous le montre les travaux de LAHMER (Marc), *Volonté générale et séparation des pouvoirs chez Jean-Jacques Rousseau*, Thèse de Droit, Paris II, 1998 et FOISNEAU (Luc), « Gouverner selon la volonté générale : la souveraineté selon Rousseau et les théories de la raison d'État », in *Les Études philosophiques*, 2007/4, n°93, p. 463-479.

Les Constituants répondent à la tyrannie de l'exécutif par l'interdiction des détentions arbitraires et par la balance des pouvoirs. Ces deux moyens sont censés éviter que le roi viole le principe de la sûreté individuelle. La sûreté individuelle doit alors également être garantie contre les agissements du pouvoir judiciaire.

B. Une nouvelle procédure pour garantir la liberté : un rempart contre la justice

Après avoir réformé de manière partielle, provisoire et immédiate la procédure criminelle par la loi des 8 octobre-3 novembre 1789¹¹⁴, les Constituants en font table rase avec la loi des 16-29 septembre 1791. Il s'agit de la grande loi sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés¹¹⁵. Cette loi, complétée d'une instruction particulière rédigée par l'Assemblée le 29 septembre 1791¹¹⁶, distingue désormais deux phases dans la nouvelle procédure criminelle : une phase préjudiciaire de nature policière et une phase judiciaire chargée de décider de la mise en accusation et de juger l'accusé.

C'est sur la phase préjudiciaire que nous devons nous arrêter. En effet, la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire¹¹⁷ contient une disposition qui guide le travail législatif puisque l'article 13 du titre II entérine la mise à l'écart de la justice des fonctions administratives¹¹⁸. L'éloignement de la justice des activités de l'administration explique la raison pour laquelle la phase des recherches préjudiciaire est confiée à un juge particulier : le juge de paix. Ce juge de paix, magistrat élu au niveau du Canton, est présenté par la loi des 16-29 septembre 1791 comme l'officier de

¹¹⁴ Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 1, p. 123-131. Cette première grande loi de procédure pénale a été particulièrement analysée dans trois études : LAFON (Jacqueline Lucienne), *La Révolution française face au système judiciaire d'Ancien Régime*, Genève, Droz, 2001 ; GAVEN (Jean-Christophe), *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique (1789-1791)*, Thèse de Droit, Université des sciences sociales de Toulouse, 2003, publié en 2016 aux Presses de Sciences Po sous le titre *Le crime de lèse-nation : histoire d'une invention politique et juridique (1789-1791)* ; MONCASSIN (François), *L'accusation : enquête et poursuites sous la Révolution (1789-1795)*, Thèse de Droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

¹¹⁵ Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 18, p. 213-263.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 263-358. Ce texte a été analysé, à la fois dans son environnement et dans son contenu, par MONCASSIN (François), « L'Instruction sur la procédure criminelle de 1791 : une autre présentation de la loi des 16-29 septembre 1791 sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés », in *Cahiers Jean Moulin* [En ligne], 8/2022, mis en ligne le 24 janvier 2023.

¹¹⁷ Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 5, p. 170-193. Cette loi retient davantage l'attention des publicistes positivistes, comme le démontrent les publications de CHEVALIER (Jacques), « Du principe de séparation au principe de dualité », in *R.F.D.A.*, septembre-octobre 1990, p. 712-723 ; VEDEL (Georges), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », in *R.F.D.A.*, septembre-octobre 1990, p. 698-711 ; ALONSO (Christophe), *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015 ; TROPER (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2015.

¹¹⁸ Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 5, p. 173. Il s'agit du célèbre article qui dispose que « Les fonctions judiciaires seront distinctes, & elles demeureront toujours séparées des fonctions administratives : les Juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des Corps administratifs, ni citer devant eux les Administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

police de sûreté naturel. Il n'agit pas en tant que juge, mais bien comme officier de police.¹¹⁹

D'ailleurs, le nom de cette police est intéressant : il s'agit d'une police de sûreté. Il faut comprendre par là une double dimension. Tout d'abord, il s'agit d'une police et, en cela, elle est chargée de réaliser les actes d'enquête permettant de retrouver un inculpé qui sera ensuite – potentiellement – mis en accusation. Il s'agit du versant policier. En effet, l'objectif est de permettre que la vengeance publique puisse s'exercer contre un individu qui a violé les règles de la société et qui, donc, met en péril la sûreté publique et la tranquillité publique.

Ensuite, cette police est une police de sûreté, ce qui implique qu'elle est instituée pour garantir les droits de l'individu qui est soupçonné de la commission d'un crime. Le nom de cette police laisse alors transparaître le principe libéral qui guide la Révolution, du moins à ses débuts. En effet, en application de l'article 2 de la Déclaration du 26 août 1789, il s'agit de garantir la liberté de l'Homme contre l'arbitraire étatique, mais également de garantir la liberté de l'Homme contre l'arbitraire judiciaire¹²⁰. Dans ce sens, très tôt, le député Adrien Duport (1759-1798) pose la question à la Constituante de savoir si un individu peut être entravé, alors même qu'il n'a pas été condamné. Pour lui, il s'agit de réaliser un compromis entre la liberté individuelle et la présomption d'innocence d'un côté, et l'impératif de répression des infractions de l'autre. Or, pour Duport, la recherche, la protection et l'obtention des preuves nécessitent de pouvoir se saisir d'un individu qui n'est encore que soupçonné¹²¹.

À lire les textes révolutionnaires, le juge de paix est ainsi chargé d'une double mission : garantir l'obtention des preuves et protéger les libertés individuelles des citoyens. La loi des 19-22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle impose que l'individu soupçonné lui soit amené¹²². Seul cet officier de police de sûreté peut se prononcer sur la privation de liberté de l'inculpé. C'est ce que reconnaît la loi des 16-29 septembre 1791 : il est le seul à pouvoir rédiger le mandat d'amener et le mandat

¹¹⁹ Les missions du juge de paix ont particulièrement été étudiées pour le Sud de la France par CHOURAQUI (Véronique), *Les compétences pénales du juge de paix sous la Révolution : entre police et justice (19-22 juillet 1791-3 brumaire an IV) : l'exemple de Nîmes, Béziers et Montpellier*, Thèse de Droit, Université Montpellier I, 2012. Pour une vue plus large sur l'institution et les compétences du juge de paix, voir MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. I, p. 226-239.

¹²⁰ L'arbitraire judiciaire fait l'objet d'une historiographie fleuve qui a mis en évidence l'évolution négative du concept. Ainsi, SCHNAPPER (Bernard), « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle », in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'histoire du droit* (Bruxelles), t. 41, 1973, p. 237-277 et t. 42, 1974, p. 81-112 ; BONGERT (Yvonne), « Le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'Ancien Régime », in *Archive de philosophie du droit*, t. 27, 1982, p. 291-347 ; CARBASSE (Jean-Marie), « Le juge entre la loi et la justice », in CARBASSE (Jean-Marie) et DEPAMBOUR-TARRIDE (Laurence), « La conscience du juge dans la tradition juridique européenne », Paris, PUF, 1999, p. 67-94 ; REMY (Philippe), « La part faite au juge », in *Pouvoirs*, 2003-4, n°107, p. 22-36 ; GAU-CABEE (Caroline), « *Arbitrium iudicis*. Jalons pour une histoire du principe de légalité des peines », in MASCALA (Corinne), *À propos de la sanction*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2007, p. 39-61.

¹²¹ A. P., *op. cit.*, t. XXI, p. 45. Le député regrette que, « si l'on attendait qu'elles [les preuves] fussent réunies pour saisir et arrêter un coupable, tous échapperaient à la justice. Il faut donc de toute nécessité qu'un individu puisse être arrêté avant la preuve complète, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe contre lui que de simples, mais fortes présomptions. »

¹²² Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 16, p. 224. L'article 32 du titre premier dispose en effet que « Tous ceux qui dans les villes & les campagnes auront été arrêtés, seront conduits directement chez un juge de paix. »

d'arrêt qui permettent de saisir provisoirement l'inculpé¹²³. La phase durant laquelle intervient la police de sûreté possède donc deux objectifs : la protection des libertés individuelles, d'une part, et la protection de la société, d'autre part.

Afin d'éviter que le juge de paix, officier de police de sûreté, s'attribue un pouvoir arbitraire, le législateur prend trois mesures. Tout d'abord, le mandat d'arrêt qui lui permet de faire passer la procédure devant le jury d'accusation implique une détention provisoire de l'inculpé¹²⁴. C'est la raison pour laquelle le juge de paix ne doit pas pouvoir décider seul de la détention du prévenu pour l'instruction d'une affaire.

C'est également pour cela que la deuxième mesure est l'institution d'un jury d'accusation, composé de huit citoyens dont l'objectif est de se prononcer sur la mise en accusation de l'inculpé. Il se prononce sur un acte d'accusation rédigé par le directeur de ce jury dont la fonction est remplie par un juge élu au niveau du tribunal de district¹²⁵. Cet acte d'accusation implique deux éléments. Le premier, c'est le renvoi de l'accusé devant le Tribunal criminel départemental pour être jugé. Le second, c'est la détention de l'accusé durant tout le long de l'instruction de l'affaire à l'audience.

Enfin, la troisième mesure pour lutter contre l'arbitraire du juge réside dans l'intervention du jury de jugement à l'audience¹²⁶. Puisqu'il s'agit de se prononcer sur la culpabilité et puisque la condamnation peut entraîner la mort ou une longue peine de privation de liberté, la décision sur le fond de l'affaire est finalement enlevée aux juges. Dès lors, ce sont douze citoyens qui doivent décider de la culpabilité de l'accusé. Un rempart supplémentaire est dressé en faveur de la sûreté individuelle puisque la majorité simple ne suffit pas pour condamner. L'article 28 du titre VII de la loi des 16-29 septembre 1791 dispose que « l'opinion de trois jurés suffira toujours en faveur de l'accusé.¹²⁷ »

Il est alors intéressant de noter qu'à partir de juin 1792, la police de sûreté change d'objectif. Afin de lutter efficacement contre les ennemis de la Nation, et contre tous ceux qui sont déclarés comme tels par la majorité, la notion de sûreté se transforme. Une police de sûreté générale apparaît. Elle symbolise le renversement de la conception de la notion de sûreté. Si, jusqu'alors, la sûreté est perçue comme une

¹²³ *Ibid.*, art. 33. Celui-ci dispose que « Tout juge de paix, d'une ville, dans quelque quartier qu'il se trouve établi, sera compétent pour prononcer soit la liberté des personnes amenées, soit le renvoi à la police municipale, soit le mandat d'amener, ou devant lui, ou devant un autre juge de paix, soit enfin le mandat d'arrêt, tant en matière de police correctionnelle qu'en matière criminelle. »

¹²⁴ MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. I, p. 375.

¹²⁵ Sur le jury d'accusation, MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. I, p. 306-334.

¹²⁶ Le jury de jugement mis en place par la loi des 16-29 septembre 1791 intéresse particulièrement l'historiographie. Par exemple, SCHNAPPER (Bernard), « Le jury criminel, un mythe démocratique (1791-1980) », in *Histoire de la justice*, n°1, 1988, p. 9-17 ; MARTINAGE (Renée) et ROYER (Jean-Pierre) (textes réunis par), *Les destinées du jury criminel*, Lille, l'Espace juridique, 1990.

¹²⁷ *Coll. Baudouin*, *op. cit.*, vol. 18, p. 240.

protection des droits et libertés individuels, la sûreté générale doit permettre la protection politique de la société.

II. Défendre la société grâce à la sûreté générale (1792-1799)

Avec l'été 1792, un basculement s'opère dans l'histoire de la Révolution qui est symbolisé par la journée du 10 août¹²⁸. Ce jour-là, les Tuileries sont attaquées par les sans-culottes qui massacrent la garde suisse. Louis XVI et sa famille se réfugient ensuite dans le sein de la Législative qui s'empresse de suspendre le roi de la direction du pouvoir exécutif. À partir de l'été 1792, tout s'enchaîne donc. Face aux périls extérieurs et intérieurs, la Révolution tente désormais de protéger ses acquis¹²⁹.

Une Convention nationale doit être réunie en septembre 1792¹³⁰. Elle symbolise la politisation de la société qui est désormais perçue comme un tout unique. Ceux qui ne sont pas d'accord avec la majorité deviennent ses ennemis. Il faut donc pouvoir les éradiquer. Pour cela, une nouvelle conception de la sûreté apparaît, la sûreté générale. La police de sûreté générale est ainsi l'ancêtre de la police générale qui est consacrée par le Directoire en 1796.

34

A. La transition conceptuelle : de la sûreté à la sûreté générale

Avant même la prise des Tuileries le 10 août 1792, des débats à la Législative promeuvent la mise en place d'une nouvelle police de sûreté. Dès le 30 mai 1792, le député de la Gironde Armand Genonville (1758-1793) demande l'institution d'une police chargée « de la recherche des délits de haute trahison.¹³¹ » L'idée apparaît alors que la police de sûreté ordinaire ne permettrait pas de lutter contre les opposants politiques. Pour s'assurer du soutien à cette mesure, il affirme que l'institution d'une telle police ne peut être contestée que par ceux qui cherchent à « déconcerter tous les projets qu'on a formés contre la liberté publique et qu'ils [toujours les opposants] savent bien que les conspirations ne se multiplient que par l'insuffisance des moyens de répression et qu'elles ne se renouvellent que par l'assurance de l'impunité.¹³² » La

¹²⁸ La journée du 10 août 1792 a particulièrement été analysée dans son déroulé et ses conséquences par MATHIEZ (Albert), *Le 10 Août*, Paris, Hachette, 1931 ; REINHARD (Marcel), *La Chute de la Royauté*, Paris, Gallimard, 1969 ; WAHNICH (Sophie), *La longue patience du peuple. 1792. Naissance de la République*, Paris, Payot, 2008 ; MATHAN (Anne de), « 10 août 1792. L'Assemblée législative et la Commune de Paris, ou les conséquences politiques de la chute de la royauté », in *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2017/2, n°26, p. 187-204.

¹²⁹ MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. II, p. 387-388.

¹³⁰ Coll. Bandonin, *op. cit.*, vol. 31, p. 15. Décret du 10 août 1792.

¹³¹ A. P., *op. cit.*, t. XLIV, p. 352.

¹³² *Ibid.*

police de sûreté générale n'a donc pas pour objectif d'établir un équilibre entre libertés individuelles et nécessité de la répression. Elle est davantage tournée vers la découverte des crimes contre la sûreté générale – la sûreté de la Révolution – et contre leurs auteurs.

Il s'agit donc de pallier les difficultés d'action du juge de paix en la matière. En effet, cet officier de police n'agit que dans son canton, ce qui est un obstacle à une vue plus nationale du délit et à la bonne circulation de l'information policière. Finalement, ce sont les administrations des municipalités, des districts et des départements qui sont appelées à remplir principalement les fonctions de la police de sûreté générale¹³³. Ce système de remontée de l'information a alors pour objectif de renseigner l'Assemblée, à travers son Comité de Sûreté générale¹³⁴.

Derrière la mise en place de cette nouvelle forme de police, il faut voir une évolution de la notion de sûreté. En réalité, le fait d'écarter le juge de paix symbolise la mise en suspens des droits et libertés individuelles au profit de la sécurité de l'ensemble du corps social. Les droits de l'homme constituent en effet un obstacle à la lutte rapide et efficace contre les ennemis de la liberté. Les opposants ne peuvent donc pas se prévaloir des droits et libertés individuelles parce qu'ils sont des ennemis de la liberté¹³⁵. C'est ce que reconnaît le décret sur les suspects du 17 septembre 1793¹³⁶.

Cela implique désormais que la sûreté de la Révolution prime la sûreté individuelle. La sûreté du corps social devient alors une condition indispensable de son existence. Si elle n'est pas garantie, alors la sûreté individuelle ne peut pas se réaliser pleinement. Le législateur reconnaît même que la sûreté individuelle peut être mise entre parenthèse lorsque des individus sont soupçonnés d'attenter à la sécurité de l'État. C'est parce qu'ils y attentent que Jacques-Pierre Brissot de Warville (1754-

35

¹³³ Coll. Baudouin, *op. cit.*, vol. 31, p. 108. Le décret du 11 août 1792 relatif à la police de sûreté générale contient plusieurs articles nous renseignant sur l'organisation de cette nouvelle institution. Tout d'abord, l'article 1^{er} dispose que « Les Municipalités sont spécialement chargées des fonctions de la police de sûreté générale, pour la recherche des crimes qui compromettent, soit la sûreté extérieure, soit la sûreté intérieure de l'Etat, & dont l'accusation est réservée à l'Assemblée nationale. » L'article 4 poursuit : « Dans le cas où un mandat d'arrêt seroit décerné contre un ou plusieurs prévenus, la Municipalité fera, dans les vingt-quatre heures, passer au Directoire du District une expédition des pièces, procès-verbaux ou interrogatoires qui auront déterminé le mandat, & le récépissé lui en sera délivré sans frais. » L'article 5 précise ensuite que « Dans les vingt-quatre heures suivantes le Directoire du District fera passer le tout au Directoire du Département, avec les notes & renseignements qu'il sera en état de fournir ; il s'en fera pareillement délivrer, sans frais, un récépissé. » L'article 6, enfin, montre le sommet de la chaîne : « Le Directoire du Département, dans le même délai de vingt-quatre heures, sera tenu d'adresser à l'Assemblée nationale une expédition de toutes les pièces, & y joindra les observations qu'il jugera convenables. »

¹³⁴ La mise en place de ce comité et ses fonctions policières ont été dernièrement étudiés dans MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. II, p. 400-428.

¹³⁵ C'est le fameux propos de Pierre-Gaspard Chaumette qui prend la parole le 28 octobre 1793 au Club des Jacobins de Paris. Même s'il la donne à propos du Tribunal révolutionnaire, son opinion permet de distinguer deux criminels et, donc, deux régimes juridiques différents applicables. Il affirme en effet que « Le tribunal révolutionnaire est devenu un tribunal ordinaire ; il juge les conspirateurs comme il jugerait un voleur de portefeuille. On doit sentir la différence qui existe entre ces deux hommes : le premier a foulé aux pieds les lois de son pays, celles de la nature et de l'humanité ; l'autre, au contraire, coupable d'un petit délit et possiblement innocent, doit subir bien des formalités avant que la loi prononce sur son compte une peine que peut-être il n'a pas méritée », in AULARD (Alphonse), *La Société des Jacobins. Recueil de documents pour l'histoire du Club des Jacobins de Paris. Tome V – Janvier 1793 À Mars 1794*, Paris, Librairie Léopold Cerf, Librairie Noblet, Maison Quantin, 1895, p. 481.

¹³⁶ Coll. Baudouin, *op. cit.*, vol. 41, p. 185-186.

1793) affirme, le 25 juillet 1792, que cette police de sûreté générale doit dépendre de l'Assemblée¹³⁷. Cela est repris dans le décret du 11 août 1792 qui crée la police de sûreté générale.

Tout au long de la période qui s'étend de la chute de la royauté à la réaction thermidorienne, la notion de sûreté individuelle s'efface au profit de celle de la sûreté générale. On remarque même, dans les documents d'archives, que la police de sûreté générale intervient dans des matières relevant pourtant de l'ordinaire¹³⁸. Mais, plus important encore, la police de sûreté ordinaire calque progressivement son action sur celle de la police de sûreté générale¹³⁹. Cette prédominance de la sûreté de l'État sur la sûreté individuelle peut s'expliquer par l'absence de Constitution en vigueur. Certes, une Constitution est adoptée le 6 messidor an I (soit le 24 juin 1793)¹⁴⁰. Mais, en raison des périls extérieurs et intérieurs, elle est placée dans un coffre en bois de cèdre scellé et déposé au pied de la présidence de la Convention. Le gouvernement est révolutionnaire, comme l'affirme le décret du 19 vendémiaire an II (10 octobre 1793)¹⁴¹. Il s'agit donc de garantir la protection de la Révolution qui ne doit pas souffrir des libertés individuelles de ses opposants.

Après la réaction thermidorienne¹⁴², la notion de sûreté continue de promouvoir l'idée de sûreté de l'État par rapport à la sûreté des individus. Que l'on songe ici, par exemple, à l'institution du ministère de la Police générale.

36

B. Les implications pratiques : l'émergence d'une police générale

Après la réaction thermidorienne, la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) est votée¹⁴³. Elle est ensuite promulguée le 1^{er} vendémiaire III (23 septembre 1795)¹⁴⁴. L'article 1^{er} de la Déclaration des droits qu'elle contient reconnaît à nouveau, parmi les droits de l'homme, la sûreté¹⁴⁵. Cette fois-ci, une définition est posée : « la sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun.¹⁴⁶ » C'est donc

¹³⁷ A. P., *op. cit.*, t. XLVII, p. 135.

¹³⁸ C'est ce que montre MONCASSIN (François), *L'accusation...*, *op. cit.*, t. II, p. 576-593.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 561-576.

¹⁴⁰ BART (Jean), CLERE (Jean-Jacques), COURVOISIER (Claude) et VERPEAUX (Michel) (dir.), *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1998 ; CONAC (Gérard) et MACHELON (Pierre), *La Constitution de l'an III*, Paris, PUF, 1999.

¹⁴¹ *Coll. Baudouin, op. cit.*, vol. 42, p. 173. L'article 1^{er} dispose en effet que « Le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix. »

¹⁴² MATHIEZ (Albert), *La réaction thermidorienne*, Paris, La fabrique éditions, 2010.

¹⁴³ *Coll. Baudouin, op. cit.*, vol. 65, p. 31-76.

¹⁴⁴ *Ibid.*, vol. 66, p. 3.

¹⁴⁵ *Ibid.*, vol. 65, p. 31. L'article 1^{er} affirme en effet que « Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété. »

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 4 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen, partie « Droits. »

valider l'évolution de la notion de sûreté, notion qui implique, d'un côté, l'action du corps social dans son tout et, d'un autre côté, l'Homme dans son individualité. Si un individu s'oppose au tout, s'il ne respecte pas la loi qui est l'émanation de la volonté générale, alors il « se déclare en état de guerre avec la société », comme la Déclaration des devoirs du même jour l'affirme¹⁴⁷. Toujours ce 1^{er} vendémiaire an IV, une loi vient fixer l'organisation des ministères. Un ministère de l'Intérieur est créé¹⁴⁸. Ce ministère est compétent, entre autres, pour « l'exécution des lois relatives à la police générale, à la sûreté & à la tranquillité intérieure de la République.¹⁴⁹ »

La combinaison de ces deux textes montre bel et bien que la notion de sûreté est tout d'abord promue comme étant la sûreté de la Révolution. C'est une fois qu'elle est garantie que les droits et libertés des individus peuvent s'exercer sans aucune entrave.

Plus encore, la notion de sûreté est reconnue comme étant synonyme de sécurité du corps social avec le *Message du Directoire exécutif au conseil des Cinq-cents* du 5 nivôse an IV (26 décembre 1795)¹⁵⁰. Tout d'abord, les directeurs reconnaissent à Paris une situation particulière. Certes, il est la commune la plus peuplée de la République, mais il est également « le rendez-vous de tous les ennemis de la République, le quartier général des contre-révolutionnaires et le point de ralliement de toutes les factions.¹⁵¹ » Pour lutter contre eux, les directeurs souhaitent sortir des attributions du ministère de l'Intérieur la police de la Seine. Le message précise alors ce qu'il faut entendre par police : il s'agit de celle « qui veille à la sûreté et à la tranquillité des habitants, ainsi qu'à la propreté et à la salubrité de la commune.¹⁵² » Finalement, le 12 nivôse an IV (2 janvier 1796), le ministère de la Police générale de la République est institué¹⁵³. Parmi toutes les attributions du ministre de la Police de sûreté de la République, il en est une qui doit retenir l'attention. Il est, en effet, compétent pour « l'exécution des lois relatives à la police générale, à la sûreté et à la tranquillité intérieure de la République.¹⁵⁴ » La sûreté est finalement consacrée comme une compétence de la police générale, police générale chargée de démasquer les complots attentatoires à la sécurité de l'État. Comme le rappellent Jean-Marc Berlière et René Lévy, ce ministère ne connaîtra pas une existence continue au XIX^e siècle puisqu'il sera tantôt supprimé, tantôt recréé, jusqu'à la mise en place de la direction de la sûreté générale en 1853¹⁵⁵.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 33, art. 6, partie « Devoirs. »

¹⁴⁸ *Ibid.*, vol. 66, p. 80, article 1^{er} : « Il y a six ministres : un ministre de la justice un ministre de l'intérieur, un ministre des finances, un ministre de la guerre, un ministre de la marine, & un ministre des relations extérieures. » Pour une histoire du ministère de l'Intérieur, Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur, *Histoire du ministère de l'Intérieur de 1790 à nos jours*, Revue Administration, Paris, La Documentation française, 1993.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 81, article 4.

¹⁵⁰ *Ibid.*, vol. 69, p. 26-28.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, p. 65-67.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 66.

¹⁵⁵ BERLIÈRE (Jean-Marc) et LEVY (René), *Histoire des polices en France. De l'ancien régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde Éditions, 2013, p. 86.

La période révolutionnaire est donc essentielle pour la compréhension de la notion de sûreté. Elle promeut, dans sa première phase, la sûreté individuelle contre les pouvoirs arbitraires de ce que la Révolution appelle déjà l’Ancien Régime. Mais, à partir de 1792, la réalité du contexte hostile entraîne la Révolution à faire prévaloir, à travers la notion de sûreté, la sécurité du pouvoir en place plutôt que la sûreté des individus.

Une notion fonctionnelle à l'étrange pouvoir : l'ordre public

François Godicheau

Professeur en Histoire contemporaine à l'Université Toulouse II- Jean Jaurès
UMR FRAMESPA

La notion d'ordre public n'a pas encore été constituée en objet d'histoire. Elle semble se situer dans un angle mort de la recherche historique, ce qui se traduit la plupart du temps par son invisibilité en tant que problème historique : tout se passe comme si le sens qu'elle a pour nous constituait une évidence transposable aux différentes époques passées. Or, son sens présent est tout sauf évident et son caractère mouvant voire instable ne la prédispose pas à être une catégorie d'analyse historique simple et transparente. C'est ce qui fait à mes yeux son intérêt.

L'exploration des raisons possibles à ce constat permet de souligner à quel point les historiens usent parfois de catégories qui projettent à elles seules tout un monde institutionnel, un cadre conceptuel et une somme d'impensés culturels qui appartiennent au présent. En effet, l'ordre public n'est pas seulement insaisissable en tant qu'objet d'histoire : il est, en général, insaisissable en tant que notion dans le présent. En 2017, le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, rappelait les propos du juriste Philippe Malaurie sur la notion : « Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert ».¹⁵⁶ Dans la plupart des rares traités sur le sujet, il existe un consensus sur le fait que son contenu n'est pas figé, mais au contraire évolue et est déterminé par la pratique. C'est même ce dont se plaignaient les professeurs de droit du XIXe siècle, critiquant plus ou moins directement les rédacteurs du Code civil français qui avaient fait de l'ordre public un principe fondamental- à l'article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » - sans le définir et en l'associant étroitement à l'idée de moralité, totalement irréductible au droit.¹⁵⁷

Ce caractère apparemment insaisissable oblige à partir des usages politiques et institutionnels réels, actuels ou récents, de la notion. L'ordre public est une notion centrale de l'État de droit, où il est analysé par les juristes comme une « norme générale et abstraite qui habite l'idée de droit au même titre que le primat de la liberté », un principe ou une clause capable d'articuler efficacement les libertés individuelles et l'ordre global de la société politique dans la vie quotidienne.¹⁵⁸ Selon la pensée libérale,

¹⁵⁶ Introduction au colloque "L'ordre public. Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation ", rapport, 2017. La référence originale de Malaurie est « L'ordre public », in J-B Auby (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 317

¹⁵⁷ Josée Bloquet, *La définition de l'ordre public en droit civil de la fin du XVIIIe siècle au début du XXe siècle. Histoire du concept*, thèse de doctorat, Université Paris Est Val de Marne, Faculté de Droit, 2010, p. 4.

¹⁵⁸ Etienne Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, 1984, p. 541.

loin d'être antagoniste, il est corrélatif à la notion de liberté, en permettant sa réalisation concrète dans l'État de droit. Mais l'ordre public est aussi une notion centrale de l'État policier. L'histoire du XX^e siècle offre de nombreux exemples de sa centralité dans les projets politiques totalitaires : en 1936, le coup d'État mené par l'armée et l'extrême droite en Espagne se fait au nom de l'ordre public ; en 1976, le coup d'État militaire en Argentine axe également son argumentation sur la défense de l'ordre public.

La notion peut fonctionner comme un étendard dans des situations d'exceptionnalité juridique et, en même temps, elle est présente dans le quotidien d'innombrables décisions administratives et policières adoptées par les États de droit. C'est une notion profondément ambivalente, et c'est dans son ambivalence que réside une partie de sa force.¹⁵⁹ Dans tous les cas, et c'est ce qui fait l'étrangeté de son pouvoir, elle vient de la justification qu'elle apporte à l'action politique et institutionnelle : elle fonctionne comme une raison suffisante, une raison ultime - voire, comme nous le verrons, une raison absolue. Le récent film d'Alejandro Amenabar, *Lettre à Franco*, nous offre un exemple de la grande portée de cet étrange pouvoir : nous voyons comment, dans les derniers jours de juillet 1936, le philosophe Miguel de Unamuno est abusé par l'argument de l'ordre public, jusqu'à ce qu'il comprenne, trop tard, le véritable but des putschistes.

Pris dans la toile de l'ordre public de notre présent, il nous faut nous arrêter un instant sur la coïncidence, à cet égard, du sens commun historiographique avec le sens commun en général. Cette coïncidence tendrait à faire de l'ordre public une convention au sens que donne à ce mot la sociologie¹⁶⁰, comme nous le verrons plus loin. Identifiée comme telle, cette convention d'ordre public remonterait au déploiement de l'ordre libéral lui-même au XIX^e siècle. A partir de l'identification actuelle de l'ordre public comme notion fonctionnelle, au sens où, ne pouvant « pas être saisi par son contenu, elle n'est définissable que par les fonctions qu'elle remplit dans un ordre juridique¹⁶¹ », la compréhension de sa polyvalence peut nous aider à réfléchir à la facilité avec laquelle les historiens naturalisent certains processus supposés « séculaires », considérés *a priori* comme existants, pour concentrer leur analyse sur leurs « modalités » : le meilleur exemple en est l'idée de construction de l'État.

La notion d'ordre public nous oblige donc à un important effort de distanciation, de reconnaissance de l'altérité de la culture des agents du passé, ceux-là même qui sont les contemporains du déploiement de la notion. Cela n'empêche pas d'y reconnaître une sorte de charnière de la modernité institutionnelle, mais il s'agit de voir cette charnière à partir du passé, depuis l'amont, et non à partir de notre présent ; autrement dit, il ne s'agit pas de faire une généalogie mais une archéologie attentive à la datation des couches où nous trouvons nos objets - qui ne sont rien d'autre que

¹⁵⁹ Sur la notion d'ambivalence, à distinguer de l'ambiguïté, et son utilité en histoire, lire Pierre Laborie, par exemple l'entrée " Ambivalences ", dans son livre *Les mots de 39-45*, PUM, 26, p 10, ou dans *Le chagrin et le venin*, Gallimard Folio, 2014, p. 217-219.

¹⁶⁰ Pour un bilan d'étape sur plusieurs décennies de réception de l'économie des conventions, voir le numéro 4, vol. 37 de 2012, de la revue *Historical Social Research / Historische Sozialforschung*.

¹⁶¹ Etienne Picard, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 64.

des mots. A partir de là, ma conviction est que l'ordre public offre un point d'observation idéal pour suivre le passage entre ce que nous appelons habituellement l'Ancien Régime et ce que nous appelons habituellement l'ordre libéral ; un passage, et non pas une transition, car une transition nécessite toujours l'identification d'un point d'arrivée, ce qui, pour les historiens, est la mère de toutes les téléologies.

En ce sens, la puissance de l'ordre public ne renvoie pas seulement à la capacité de cette notion à légitimer des ordres sociaux et politiques quelquefois antagoniques ou leur rupture violente ; elle ne renvoie pas seulement à sa capacité à devenir presque invisible lorsque l'historien tourne son regard vers le passé. Elle peut aussi être considérée comme un point d'observation doté d'un grand potentiel pour analyser la configuration - et la reconfiguration permanente - de ce que l'on appelle habituellement la modernité politique. En définitive, et c'est là notre hypothèse, son pouvoir tient à sa capacité instrumentale de dépolitisation, d'où son déploiement ou son apparition sur la scène à des moments de forte politisation, de la Révolution française à nos jours. Je tenterai donc de soutenir l'intérêt de ce point de vue pour aborder les relations entre institutions, politisation et ordre social dans le scénario historique de la période qualifiée par Koselleck de *Sattelzeit*, entre XVIII^e et XIX^e siècles, où les dichotomies telles que traditionnel/libéral, privé/public ou société/État ne sont pas pleinement opérantes. Étant spécialiste des mondes ibériques, je développerai mon propos sur le terrain de la Monarchie catholique espagnole et des nations lui ayant succédé.

41

Plus qu'une notion : une convention qui nous tient prisonniers

Un rapide coup d'œil à la chronologie de ce que nous appelons habituellement l'histoire contemporaine espagnole par rapport à celle des pays voisins - et cette observation pourrait être étendue à d'autres pays hispanophones - suffit pour se rendre compte de la place particulière qu'y occupe la question de l'ordre public. Je partirai cependant du sol péninsulaire, d'où j'ai commencé à élaborer ces réflexions il y a une vingtaine d'années. En remontant dans le temps, à partir des derniers débats constitutionnels à la fin du régime franquiste -où il est apparu que l'expression « ordre public » rappelait trop la politique répressive de la dictature pour figurer en bonne place dans la constitution démocratique de 1978, ce qui a conduit à lui préférer l'expression de « sécurité publique » - nous en arrivons au *Tribunal de Orden Público* (TOP).¹⁶² Tribunal politique créé en 1963 et fondé sur la criminalisation de la dissidence, il semble incarner la conception franquiste de l'ordre public. Cependant, cette conception a précédé la dictature elle-même : parmi les arguments avancés pour le soulèvement de juillet 1936, la restauration de l'ordre public figure au centre, ce qui renvoie à plusieurs traits d'une opinion commune construite depuis le XIX^e siècle sur

¹⁶² Gonzalo Fernández-Espinar, "El tribunal de orden público", thèse de doctorat, Universidad Complutense de Madrid, 1997 ; Juan José del Aguila, "El tribunal de orden público -TOP- 1963/1977, trece años de represión política", thèse de doctorat, Universidad de Sevilla, 1997, publiée en 2001 par Planeta sous le titre *EL TOP, La represión de la Libertad, 1963 a 1977* et rééditée en 2020.

la centralité d'un problème d'ordre public (avec la fameuse « loi d'ordre public » de 1870 ou la « loi de défense de la république » en 1931 et les tribunaux adjacents). 1. L'un de ces traits est la naturalisation du rôle de l'armée dans le rétablissement de l'ordre, qui remonte à loin, à sa double définition du XIX^e siècle comme institution chargée de la défense contre les agressions extérieures et les ennemis intérieurs. 2. La deuxième caractéristique est précisément la perception des adversaires politiques comme des ennemis intérieurs, ce que le franquisme cultiva ensuite en criminalisant toute résistance sous l'étiquette de « bandits/terroristes », suivant la rhétorique bien connue des régimes fascistes de l'Europe des années 1930 et 1940. 3. La troisième caractéristique pourrait être la perception de la protestation sociale comme une menace radicale, un danger absolu, ce qui renvoie au lien entre l'ordre public et les hiérarchies sociales traditionnelles.

À partir de ces caractéristiques, on peut identifier plusieurs périodes au cours desquelles l'ordre public apparaît comme un problème central du paysage et de la rhétorique politiques : non seulement les années de la Seconde République, mais aussi celles qui précèdent la dictature de Primo de Rivera, entre 1917 et 1923, ou encore les années précédant la Première Guerre mondiale, les années 1880 et 1890 ou le *Sexenio* démocratique entre la « Glorieuse révolution » de 1868 et la fin de la première République en 1874. Cependant, la caractéristique la plus importante de l'ordre public dans l'opinion commune, que les putschistes de 1936 tentèrent d'exploiter pour légitimer leur attaque contre la République, est le caractère naturel avec lequel son existence est conçue : quelque chose qui existe, qui peut être décrit, détérioré, rétabli, quelque chose d'immanent à la société politique.

Le plus frappant est cependant que cette idée ou cette attitude de l'opinion commune a été partagée par la plupart des historiens, qui non seulement se sont intéressés au « problème de l'ordre public » à tel ou tel moment de l'histoire contemporaine de l'Espagne, mais l'ont fait en partant du principe que l'existence même de l'ordre public, ou le concept lui-même, ne posait aucune question d'ordre épistémologique, ou même simplement de définition.¹⁶³ À partir de cette première naturalisation, d'autres « personnages » récurrents du récit ont pu faire leur apparition : tout d'abord, la « violence politique » - étroitement liée aux « problèmes d'ordre public » - a eu tendance à être naturalisée comme une sorte de constante aux XIX^e et XX^e siècles, malgré des efforts considérables de conceptualisation, morceaux de bravoure souvent condamnés à ne pas servir¹⁶⁴ ; non loin de là, tapie dans de nombreux récits, l'idée d'un « esprit de guerre civile » (*guerracivilista*), "caïnite", en

¹⁶³ La bibliographie traitant de l'ordre public comme thème principal est relativement importante et de grande qualité, depuis l'ouvrage classique de Ballbé, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1985, jusqu'aux livres d'Eduardo González Calleja, à commencer par *La razón de la fuerza : orden público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC, 1998, jusqu'à l'étude de Miguel Ángel Melón Jiménez, *Los tentáculos de la Hidra : contrabando y militarización del orden público en España (1784-1800)*, Sílex, 2009.

¹⁶⁴ Eduardo González Calleja, *La violencia en la política: perspectivas teóricas sobre el empleo deliberado de la fuerza en los conflictos de poder*, 2002.

référence au premier meurtre d'un frère, c'est-à-dire un principe explicatif ouvertement étranger à toute méthodologie scientifique.

La notion d'ordre public telle qu'utilisée en histoire permet de naturaliser ce genre d'objets de recherche comme relevant de la « normalité » juridique et politique, une normalité jamais vraiment définie, sinon par référence à un *credo* libéral, dont les caractéristiques ont plus à voir avec le sens de « libéral » au XX^e siècle qu'avec la lente conformation de l'ordre libéral au XIX^e.¹⁶⁵ L'ordre public est donc une catégorie de discours public dont l'usage historiographique est fondamentalement indiscernable de ses usages civiques ou politiques, tout simplement parce que ni son origine ni l'étroite relation entre ses fonctions juridiques, politiques et peut-être aussi morales ne sont mises en questions. Cette difficulté me semble très problématique, dans la mesure où les récits du passé, même ceux issus de l'histoire académique, ont une puissante capacité à naturaliser les catégories du discours. Dans ce cas, le sens commun et le sens commun historiographique se renforcent l'un l'autre, ce qui n'est pas très inhabituel pour notre discipline –il faut le reconnaître avec honnêteté– mais qui ne correspond pas à l'idéal de la connaissance critique.¹⁶⁶

La notion d'ordre public n'a pas reçu l'attention qui a été accordée à celle de police dans l'historiographie de la modernité. Mais même dans ce dernier cas, on n'a pas toujours tiré toutes les leçons des mises en garde de Clive Emsley contre ce qu'il appelle la *whig history of police*, c'est-à-dire l'histoire libérale née comme récit servant principalement à consolider les principes et les institutions du libéralisme politique.¹⁶⁷ Selon lui, l'histoire libérale de la police a relayé les affirmations policières du milieu du XIX^e siècle sur l'importance ou l'inflation du désordre, de la criminalité, etc. qui, selon ces *historiens whigs*, réclamaient impérativement la création de la police moderne. Emsley attire notre attention sur la naturalisation des idées d'ordre et de désordre que nous avons héritées de cette période, sur les catégories dont nous dépendons et dont dépend notre analyse historique. En l'absence d'un tel travail de réflexion, il n'est pas si facile de produire une histoire différente des histoires corporatives de la police écrites par des officiers retraités et passionnés, dont on peut comprendre qu'ils naturalisent les principes directeurs de leurs institutions. Ce que dénonce Emsley a également existé en Espagne, où la rhétorique qui a accompagné la création de la *Guardia civil* et structuré les premiers volumes de son histoire (à partir des années 1850) insiste page après page sur l'idée d'un pays en proie en permanence à des bandes armées, peignant une nation espagnole sur le point de sombrer dans le désordre.

¹⁶⁵ Sur les rapports entre l'ordre libéral et les liens entre libéralisme et démocratie au XX^e siècle, voir Antonio Annino von Dusek, « Liberalismo y democracia: de dos historias a una. Europa 1919-1960, desde Max Weber hasta Norberto Bobbio », *Prismas: revista de historia intelectual*, 16, 2012, p. 11-32.

¹⁶⁶ Claude Gautier et Michelle Zancarini-Fournel, *De la défense des savoirs critiques*, Paris, La Découverte, 2022.

¹⁶⁷ La bibliographie de Clive Emsley est longue, mais les titres suivants peuvent être consultés en priorité : Clive EMSLEY, *Crime and society in England, 1750-1900*, London, Longman, 1987 ; Clive Emsley (dir.), *Theories and origins of the modern police*, Farnham (GB), 2011 ; et Clive Emsley, *Crime, police, & Penal Policy. European Experiences 1750-1940*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Sortir d'un tel schéma demande un effort important, qui consiste d'abord à dénaturiser les catégories que nous utilisons ; cela signifie assumer qu'il peut aussi y avoir une grande distance entre le sens qu'un colonel de la Garde civile des années 1870 ou 1940 donnait au mot « bandit » et celui que nous choisissons de lui donner, et qu'il en va de même pour le mot « police », pour la catégorie de « crime » ou l'idée « d'administration ». C'est partir du principe que le passé est une terre étrangère et que si nos ancêtres pouvaient utiliser le dictionnaire de l'Académie royale, nous ne parlons pas vraiment la même langue : les cadres conceptuels qui nous servent à donner du sens à notre existence collective ne sont plus les mêmes.

Si nous ne faisons pas cet effort réflexif et que nous nous reposons sur l'élaboration de concepts-outils imperméables aux concepts « *emic* », à la manière des sciences sociales qui s'occupent du présent, et en particulier de la science politique, nous parviendrons après bien des efforts à formuler un concept de police, un concept de violence politique ou d'autres choses de ce genre ; mais lorsque nous les appliquerons au passé qui nous intéresse, nous ne pourrons que constater la distance entre l'idéal-type que nous avons entre les mains et la réalité politico-institutionnelle de l'époque, car cette dernière correspond à des cadres conceptuels qui ne sont plus d'actualité. Il nous sera alors plus que difficile de rendre compte des raisons d'agir des acteurs du passé et donc d'expliquer les événements. Le fait qu'il s'agisse d'époques relativement récentes nous berce également de l'illusion d'une proximité anthropologique avec les habitants du passé. La tentation est alors forte de faire un usage normatif de nos concepts contemporains pour mesurer les institutions et les pratiques du passé sur l'échelle d'un progrès dont nous avons fixé une fois pour toutes l'orientation et les modèles. Dans le champ qui nous intéresse, ce type d'analyse tend à reproduire l'idée d'un « retard » espagnol dans « le domaine de l'ordre public », de lacunes institutionnelles et politiques, etc., suivant la même logique qui a prévalu naguère en histoire économique (et en particulier dans l'histoire de l'industrialisation). En termes de maintien de l'ordre et de rétablissement de l'ordre, ce méta récit pseudo comparatiste, hiérarchique et diffusionniste, obsédé par la mesure des « retards » comporte le risque de retomber dans l'anthropologie de bazar du « caïnisme ». ¹⁶⁸

En réalité, il ne s'agit pas seulement d'une question de catégories et de ne pas parler la même langue que les habitants du passé : nous venons d'évoquer l'échelle de valeurs d'une société. Il ne s'agit pas seulement de significations ou de cadres conceptuels différents. Les historiens du droit Antonio Manuel Hespanha et Bartolomé Clavero l'ont parfaitement compris et nous l'ont enseigné : les sujets de l'Ancien Régime doivent être abordés d'un point de vue anthropologique systématique qui tend à relier leurs actions à leurs systèmes de croyances –Philippe Descola utilise le terme de « mondiation », la manière de voir et de faire le monde– et aux mots qu'ils utilisaient et qui non seulement signifiaient mais activaient, donnaient *vie* à leur monde

¹⁶⁸ Sur les conséquences de ces a-priori sur la manière d'envisager le passé pour l'analyse du présent de l'Espagne, voir François Godicheau « Interpretar violencias sin separar a la humanidad entre violentos y dialogantes », in *¿Qué hacemos con el pasado ? Catorce textos sobre historia y memoria*, Madrid, Postmetropolis Editorial - Ediciones Contratiempo, 2015, p. 75-84.

culturel.¹⁶⁹ Cela dit, il ne suffit peut-être pas de reconnaître ce besoin. Carlo Ginzburg a identifié dans l'un de ses essais un problème très difficile à résoudre¹⁷⁰ : il souligne ainsi que le noyau conceptuel de la métaphore de la perspective implique l'idée de supériorité sur les vérités passées, classiquement la supériorité du *verus Israël*. Les vérités passées seraient alors moins vraies que notre vérité, nous qui nous considérons comme le produit de notre histoire, d'une évolution positive, une histoire attachée à l'idée de la réalisation de notre communauté (qu'il s'agisse d'un peuple, d'une nation ou d'une classe), et dont les historiens seraient chargés de révéler la logique interne ou les lois cachées.

Cette difficulté peut être abordée à partir de deux approches méthodologiques, l'une relevant de la sociologie et l'autre de la philosophie morale, qui peuvent être très utiles pour dénaturer l'ordre public, étape préalable à son utilisation pleinement fructueuse comme poste d'observation alternatif à l'histoire toujours un peu téléologique de la « construction de l'Etat » au cours des XVIII^e, XIX^e et XX^e siècles.

La sociologie travaille quelquefois sur la base d'une conception forte de l'économie de ces conventions, c'est-à-dire l'articulation et les recompositions éventuelles des conventions sociales. Une convention est, selon la définition synthétique qu'en a donné Jean-Pierre Dedieu

Une règle de coordination connue de tous et suffisamment bien établie pour que sa mise en œuvre soit inconsciente. Elle permet à tous les acteurs qui la partagent d'agir ensemble de façon cohérente, de prévoir le comportement de l'autre et de l'anticiper en entreprenant le mouvement complémentaire à celui de l'autre avant même que celui-ci ne l'ait effectué. Sa simplicité permet d'éviter l'opération cognitive qui consisterait à fonder cette anticipation sur l'intégration de tous les éléments descriptifs du contexte de l'interaction. Elle est arbitraire, au sens où son efficacité réside dans le fait qu'elle est partagée plutôt que dans son contenu lui-même. Elle est commune à tous les membres du groupe. Elle trouve en elle-même, aux yeux de ses porteurs, sa propre justification. Pour eux, elle n'a d'autre origine que mythique. Elle est dépourvue d'histoire. Elle n'a ni début ni fin. Elle est hors du temps, hors de la raison. Elle n'a pas de sanction explicite, mais toute infraction entraîne l'ostracisme. Elle n'est pas toujours

¹⁶⁹ *Más allá de naturaleza y cultura (Antropología y religión)*, Amorrortu Editores España SL, 2012 ; Philippe Descola, "Cognition, perception et mondiatation", *Cahiers philosophiques*, 127-4, 2011, p. 97104-. Voir aussi un court texte de Descola lui-même en espagnol, portant le même titre que l'ouvrage cité et directement accessible : <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/393.pdf>.

¹⁷⁰ Carlo Ginzburg, « Distance et perspective. Deux métaphores », in *A distance. Neuf études sur le point de vue en histoire*, Paris, Gallimard, 2001. Version espagnole dans la revue *Entrepasados* n°16, année VIII, 1999, pp. 99-121.

enseignée de manière explicite, mais la plupart du temps par imitation. En temps normal, elle est de l'ordre de l'implicite, du non-dit.¹⁷¹

Nous verrons que des réflexions de juristes de droit public, de droit fondamental ou de théorie du droit sur les caractéristiques de l'ordre public en tant que réalité présente font écho à cette définition des conventions –définition rédigée par l'historien pour s'appliquer à la monarchie catholique à la veille de la grande crise, du grand écroulement de 1808, point important sur lequel nous reviendrons à la fin de cet article.

Une autre dimension apparaît cependant dans les réflexions de ces juristes, que l'idée de convention n'épuise pas et qui renvoie plutôt à une approche proposée par le philosophe argentin Dardo Scavino. Dans son livre *El señor, el amante y el poeta. Notas sobre la perennidad de la metafísica*, il affirme que la métaphysique n'a pas disparu, mais qu'elle se présente sous une forme différente, et que le souci de la cause première ou du premier principe, la question du sens des choses, est toujours vivante (et plus encore) dans la pensée la plus actuelle de nombreux intellectuels.¹⁷² Dans son récent inédit d'Habilitation à diriger des recherches, l'hispaniste Brice Chamouveau reprend cette conviction de l'actualité de la métaphysique, comme dimension présente dans les discours qui disent et contribuent à faire le monde, et l'applique à l'analyse de l'actuel ordre constitutionnel espagnol, né en 1978.¹⁷³ Partant de l'absence de reconnaissance du droit à la vie privée, et de son remplacement par la reconnaissance du « droit à l'intimité », il examine les liens entre l'ordre des libertés et l'évolution de la théologie morale franquiste, bref, la dimension métaphysique des conventions sociales et politiques qui constituent le régime et la société actuels.

Pour mettre en perspective la notion d'ordre public contemporain à partir de ces deux approches, on peut s'appuyer sur le très pratique *Essai de réflexion sur la notion d'ordre public*, dans lequel Isabelle Pélieu compile les travaux de grands juristes français du XX^e siècle, de Maurice Hauriou à Etienne Picard.¹⁷⁴ Ces travaux sont d'autant plus importants que, comme on le sait depuis Michel Troper, les juristes, en étudiant « le droit », produisent de la doctrine au point que les théories de l'Etat contribuent à faire l'Etat.¹⁷⁵ Pélieu rappelle d'abord qu'en droit moderne, l'ordre public est l'objet et le fondement spécifique de la police administrative, qui l'invoque de manière préventive, par opposition à la police judiciaire, qui intervient de manière répressive (c'est-à-dire après la constatation d'une infraction). En réalité, l'autrice souligne le fait très intéressant qu'il n'est pas possible d'opérer une distinction absolue entre les actes de

¹⁷¹ *Après le roi. Essai sur l'effondrement de la monarchie espagnole*, Casa de Velázquez, Madrid, 2010, p. 1. Avant cet historien bien sûr, nous renvoyons aux travaux de Luc Boltanski dans *L'amour et la justice comme compétences : trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Gallimard, 2011 (1991).

¹⁷² Eterna Cadensia editora, Buenos Aires, 2009.

¹⁷³ *Politique des savoirs sur l'ordre civil post-franquiste : une histoire des droits humains en Espagne (années 1940 à 1990)*, non publié, thèse d'habilitation à diriger des recherches, Université Paris 8, juillet 2022.

¹⁷⁴ DEA soutenu à l'Université de Toulouse Capitole en 2000.

¹⁷⁵ *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994.

police administrative et les actes de police judiciaire.¹⁷⁶ Le contenu de l'ordre public correspond à l'ensemble des règles juridiques d'ordre public reconnues par un juge, l'ensemble des mesures nécessaires à la protection de l'ordre juridique institutionnel mais impossible à connaître toutes *a priori*. On voit ici le lien entre son caractère permanent et quotidien et les conditions de sa manifestation réelle : la menace du désordre, menace dont la gradation présente un *continuum*, de la simple menace représentée par les agissements d'un individu dans la rue, à la menace énorme qui met en cause l'ensemble de l'ordre social. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la notion de désordre, absolument centrale, fait l'objet de considérations de la part de Maurice Hauriou qui traduisent un fort *a priori* philosophique et une définition de la société à la dimension métaphysique évidente : en effet, le publiciste français fonde l'exigence de protéger sans relâche l'ordre de la société sur une loi d'entropie directement importée de la thermodynamique, selon laquelle le monde social aurait une tendance au désordre irréversible et tendrait vers le chaos, ce qu'il va jusqu'à qualifier de « mal social ».¹⁷⁷ Dans ces conditions, l'affirmation d'Hauriou selon laquelle l'ordre public « l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait, opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de perturbation » ressortit encore une fois d'un système de définition par la négative, avec en outre le caractère d'une affirmation avant tout morale et même métaphysique.¹⁷⁸

Pélieu caractérise ensuite l'ordre public comme un instrument de discipline sociale, et ceci sous trois aspects : il est à la fois l'ensemble des règles de conduite obligatoires et communes, le moyen d'imposer le respect de ces règles, et la situation de fait correspondant à la soumission à ces règles. Il peut mobiliser des procédures intuitivement reconnues comme répressives (interdictions, saisies, etc.) mais juridiquement et ultérieurement interprétées, après leur validation par un juge, comme des procédures normatives, dérivées de la *fonction* d'ordre public. Pélieu précise ensuite que sa nature de « règle de nécessité » interdit toute définition aprioristique et définitive de son contenu, toujours extensible, puisque la détermination ultérieure par le juge du caractère préventif ou répressif d'un acte se fait en fonction des circonstances, c'est-à-dire de considérations circonstanciées sur la nature du trouble qui font également intervenir, parfois comme seule justification, la loi de nécessité. Ceci conduit l'autrice à reprendre la caractérisation par Etienne Picard de l'ordre public comme « notion fonctionnelle » plutôt que conceptuelle, c'est-à-dire non définissable par son contenu mais par ses fonctions dans l'ordre juridique et social, et j'ajouterais notion *politique* – bien que la dimension politique soit systématiquement absente de la description et de l'analyse de la notion par les grands publicistes déjà

¹⁷⁶ Ceci est très intéressant dans la longue perspective de l'étude de l'action d'administrer, si on le relie d'abord à la réflexion de Carlos Garriga dans son texte sur la juridiction *contentieuse-administrative* (" Gobierno y justicia : el gobierno de la justicia ", in Marta Lorente Sariñena (dir.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. -45113), où il souligne que malgré les efforts théoriques de Campomanes, il était impossible de distinguer absolument une matière administrative d'une matière de justice ; et si on le relie ensuite aux travaux de Darío Barriera sur le démêlage de la tresse juridictionnelle (fondamentalement : *Historia y justicia*, Prometeo, Buenos Aires, 2019).

¹⁷⁷ Entropie dans son article "Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre", in *Recueil de législation de Toulouse*, 1909. Sur le mal social dans "Précis de droit administratif et de droit public", *Recueil Sirey*, 1927, p. 445.

¹⁷⁸ Hauriou, "Précis de droit administratif...", p. 445, cité par Isabelle Pélieu p. 22 de son mémoire.

évoqués. Cette absence tient à la présence de « l'ordre social » dans ces analyses, un ordre social toujours présenté comme une évidence (et une nécessité) dans la lignée d'Hauriou, même si Isabelle Pélieu souligne, grâce à des auteurs comme Lochak et Canguilhem, l'effet de naturalisation produit par le droit –en l'occurrence par la notion d'ordre public– sur les normes sociales, voire l'idée de la société comme un tout cohérent, pourvu d'un ordre immanent.¹⁷⁹

Enfin, Pélieu souligne les « potentialités totalitaires » de la notion d'ordre public, lorsque la discipline sociale devient une fin en soi, et que le pouvoir prend en compte exclusivement ce qu'il présente comme les nécessités de l'ordre public, en arguant souvent du caractère exceptionnel de la menace de désordre, afin d'éviter de garantir les droits individuels.¹⁸⁰ En même temps, son caractère « d'impératif supérieur » sans lequel le droit ou la liberté individuelle ne pourraient s'exercer correctement selon la théorie libérale, en fait une dimension consubstantielle de l'ordre des libertés, en tant que « proposition de droit », « proposition axiologique » ou « concept purement théorique par lequel s'exprime, parce qu'il les inspire tous, l'unité de tous ces actes ou 'normes juridiques' ». ¹⁸¹ Cette double dimension de l'ordre public, liée à une fonction qui peut être comprise de manière opposée selon la conception de ce qu'est ou doit être la société, fait sa grande force. L'ordre public est profondément ambivalent.¹⁸² Sa puissance est à la fois grande et étrange, dans la mesure où elle repose sur une capacité de légitimation de l'action politique dont les limites ne sont pas évidentes et qui tiennent en fait à la définition du désordre par l'autorité politique. Or, si cette définition peut reposer sur un fondement métaphysique dans la France de Maurice Hauriou au début du XX^e siècle –un État de droit–, cela signifie que d'autres définitions du désordre social, très différentes, peuvent bénéficier du potentiel de légitimation fourni par la notion d'ordre public. L'existence de ce potentiel au XX^e siècle, et le fait qu'il soit commun aux États de droit et aux États totalitaires comme l'Espagne franquiste, plaide pour qu'il soit considéré comme une convention de la modernité.

Tout cela est problématique parce que l'idée de la nécessité de rétablir l'ordre public ou de le défendre comme raison puissante, comme impératif quasi absolu, dépend de l'affirmation de son existence immanente et préalable. Ensuite, ce qui autorise cette raison puissante est très relatif, très large : la légitimation des actions entreprises pour sa défense/restauration repose sur des descriptions, des tableaux de

¹⁷⁹ Elle cite D. Lochak dans « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 61. 61 : « En découvrant et en reconstruisant le monde environnant selon ses propres notions et critères, le droit présente cette découverte comme inhumaine à la nature même des êtres et des choses, dissimulant l'arbitraire des sélections et des simplifications qu'il opère au sein d'une réalité beaucoup plus vaste et complexe ». Selon Berger et Luckman dans *La construction sociale de la réalité*, on pourrait dire que le droit est fortement impliqué dans la socialisation primaire. De Canguilhem, Isabelle Pélieu cite *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, coll. Sur l'invention de la société par la modernité politique, voir Jacques Guilhaumou et Kaufmann Kaufmann, *L'invention de la société : nominalisme politique et science sociale au XVIII^e siècle*, Paris, France, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004 ; et Miguel Angel Cabrera, *A Genealogical History of Society*, Springer International Publishing, 2018.

¹⁸⁰ Essai de réflexion..., chap. 2 : « Les potentialités totalitaires de l'ordre public », pp. 51-88.

¹⁸¹ Etienne Picard, *La notion de police administrative...*, pp. 540-541 et « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 59. Cité par Isabelle Pélieu p. 75.

¹⁸² Sur l'ambivalence, voir la note 5.

situations politiques qui sont autant de récits se présentant comme des diagnostics, en référence à un état de santé/normalité –la normalité de l'ordre public– qui n'est jamais décrit. Les allégations sur « le désordre ambiant » qui appelleraient avec force tel ou tel type d'intervention ne peuvent jamais être opposées à une quelconque normalité objective, et le pouvoir qui les emploie dispose aussi dans de nombreux cas d'un net avantage en termes de capacité à diffuser ses récits.¹⁸³ Ces allégations font en effet appel à des conceptions idéalisées de l'ordre, à des projections du fonctionnement de la société politique, qui peuvent même s'opposer, comme on le voit très bien dans l'Espagne de 1936-1938, où au moins deux conceptions de l'ordre public sont déployées, chacune servant de base pour reconstruire un État après la destruction de l'État républicain à l'été 1936.

Le caractère de principe légitimant d'un ordre politique garant de la discipline sociale, le caractère de l'allégorie politique de « l'ordre public », l'importance du volontarisme dans l'affirmation péremptoire –performative– de son existence : tout cela apparaît très clairement en 1936 et 1937 pendant la Guerre d'Espagne. L'effondrement complet de l'État en juillet-août 1936, sous le coup du putsch et de la vague révolutionnaire que celui-ci déclenche en réponse, effondrement surprenant pour tout historien habitué à considérer l'État comme une réalité consolidée –en plein XX^e siècle–, a conduit à la concurrence entre plusieurs projets « d'ordre ». Le projet de consolidation de l'ordre révolutionnaire dans ce qu'on appellera le camp républicain n'est pas vraiment systématisé et n'utilise pas l'adjectif traditionnel de « public » : néanmoins, il projette des principes, des institutions et des pratiques en fonction d'une certaine conception de la citoyenneté, de qui est le public et de qui en est exclu. La reconstruction de l'État républicain se fit quant à elle sur la base d'une (ré)affirmation de l'ordre public qui incluait la détermination de qui était le « public » et qui étaient les « ennemis de l'intérieur » (ces derniers laissés à l'extérieur, à la merci des tribunaux d'exception). De même, et en troisième lieu, la construction de l'État franquiste a commencé par la détermination, littéralement *à feu et à sang*, de la sphère d'un « nous » qualifié de « national » par opposition à un « eux » promis à la répression la plus brutale. L'historien espagnol Rafael Cruz a justement identifié ces phénomènes, de part et d'autre, comme relevant de la « construction sociale de la guerre ».¹⁸⁴ Dans ce processus de compétition entre trois « ordres publics » –le républicain, le révolutionnaire et le fasciste– qui configuraient un conflit armé absolu –au sens d'Alessandro Pizzorno, de moments de politique absolue¹⁸⁵– l'imposition de « l'ordre public » correspondait exactement au fait de mener une politique de guerre civile, correspondait à la recomposition et à l'affirmation d'une communauté imaginée

¹⁸³ Ce que Peter Berger et Thomas Luckmann (*La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Collin, 2011, (1968), ont résumé ainsi : "Celui qui détient le plus grand bâton possède les meilleures chances d'imposer ses définitions de la réalité » (p. 194).

¹⁸⁴ *En el nombre del pueblo: República, rebelión y guerra en la España de 1936*, Madrid, Siglo XXI, 2006, chap. 6, p. 262 *et sq.*

¹⁸⁵ *Política absoluta, política sin límites*, Madrid, Postmetropolis Editorial, 2015.

comme naturelle et limitée, ainsi qu'à l'extermination des identités concurrentes du « peuple » ou du « public ».¹⁸⁶

Ce qu'il m'intéresse de souligner ici, c'est l'étroite relation entre un *principe de justification absolue*, une *traduction institutionnelle* (judiciaire, policière, militaire, administrative, légale et réglementaire) de ce principe, et des pratiques sociales qui activent des *grammaires morales*. La notion d'ordre public, dans son émergence et son développement, s'est construite comme quelque chose qui relie ces trois dimensions de la production du social à l'époque contemporaine et dans la période que l'on qualifie habituellement de « libérale », née au début du XIX^e siècle. Je crois aussi que cette fonction de connexion entre ces trois dimensions a quelque chose à voir avec son caractère d'angle mort historiographique. En effet, la rareté des travaux sur sa généalogie en tant que notion est très surprenante, compte tenu de la place qu'elle occupe dans les configurations juridiques, politiques et sociales des pays occidentaux. Ce défaut d'historicisation renforce sa naturalisation et autorise tous les usages anachroniques (parler « d'ordre public » au Moyen Âge par exemple), ce qu'elle partage avec d'autres macro-concepts constitutifs de notre modernité (État, société, individu) et qui n'est sans doute pas étranger à son efficacité politique.

Le déploiement de l'ordre public comme ressource politique –et sa naturalisation même par les agents historiques qui utilisent l'expression– s'est déroulé entre la fin du XVII^e siècle et le milieu du XIX^e siècle, à cheval sur une frontière chronologique censée séparer deux périodes du politique, deux « régimes » distincts – et il n'y a pas de doute qu'ils le sont– et dans lesquels il semble néanmoins occuper une place importante, si ce n'est centrale. À cet égard, l'enquête sur l'ordre public peut remettre en question nos schémas mentaux concernant les périodisations. La notion a été décrite comme une « courroie de transmission » entre « l'Ancien Régime » et la « modernité libérale », métaphore qui illustre finalement à quel point notre conception du binôme rupture/continuité dépend de catégories forgées par les acteurs eux-mêmes : nous pensons la continuité à partir d'une conception de la rupture forgée précisément par les acteurs (l'Ancien Régime) pour signifier une frontière historique.¹⁸⁷

Il faut ici revenir à Jean-Pierre Dedieu, lorsqu'il explique que tout le système social et politique de la monarchie catholique espagnole fonctionnait par l'articulation de deux conventions, l'une divine et l'autre royale.¹⁸⁸ Après les abdications royales de

¹⁸⁶ Cette définition de la guerre civile est tirée de François Godicheau, « La guerra civil, figura del desorden público : el concepto de guerra civil y la definición del orden político », in González Calleja, Eduardo y Canal, Jordi (dirs.), *Guerras civiles : una clave para entender la Europa de los siglos XIX y XX*, 2012, p. 75-88.

¹⁸⁷ L'expression « courroie de transmission » a été utilisée par l'historien du droit espagnol Lorenzo Martín Retortillo Báquer dans « Notas para la historia de la noción de orden público », *Revista Española de derecho administrativo*, n°36, 1983, p. 24.

¹⁸⁸ « Tous les spécialistes s'accordent à dire qu'en Espagne, en France ou au Portugal, la convention centrale de coordination en matière politique, celle qui organise le système collectif est, au XVII^e siècle, ce que les acteurs appellent le 'roi', le 'souverain'. Ce souverain est absolu. Son discours, lorsqu'il parle de l'organisation collective du groupe, est par définition juste et vrai. Il est le grand médiateur, l'être qui, par sa seule volonté, résout les conflits qui lui sont soumis ; et chacun peut potentiellement être lui. Pourtant, malgré une mise en scène qui la magnifie, la convention royale n'est pas la seule en vigueur, ni même la plus fondamentale. Elle est liée à une autre plus profonde encore, la

1808 et la cession de la couronne à Napoléon, la convention royale s'effondra, ce qui entraîna l'effondrement de la structure composite de la monarchie et déclencha un processus *a priori* illimité de rétroversion de la souveraineté vers les corps de la monarchie, en vertu de la légende selon laquelle ils l'auraient confiée au roi au Moyen Âge.¹⁸⁹ Dedieu explique ensuite qu'il fallut du temps pour que se recomposât un ensemble de conventions correspondant aux temps nouveaux, et il propose deux nouvelles conventions de la modernité, l'une nationale et l'autre laïque. Ce n'est pas ici le lieu de discuter de la pertinence de ces propositions ; le plus intéressant est préalablement de souligner le caractère nécessairement progressif, long et difficile de la cristallisation d'une nouvelle convention étroitement (nécessairement) liée à celle qui subsistait, à savoir la convention divine. Celle-ci, même si elle ne s'effondra pas au contraire de la convention royale, ne sortit pas indemne de l'épreuve et ce fut donc l'ensemble des cadres conventionnels du monde social qui furent recomposés. C'est à cette vaste recomposition que renvoie l'autonomisation relative des domaines de la politique, la religion, l'économie, etc. mise au jour par l'histoire culturelle du droit et par l'histoire des concepts.¹⁹⁰

La proposition développée ci-dessous, pour ne pas se contenter de proposer l'émergence d'une convention d'ordre public,¹⁹¹ envisage l'ordre public comme une *dimension* parallèle et pourtant omniprésente, au sens classique de la quatrième dimension de la *Twilight Zone*, récemment rajeunie par la série *Stranger Things*, c'est-à-dire une dimension dans laquelle les acteurs historiques peuvent tomber sans l'avoir cherché et dont ils peuvent avoir du mal à sortir.¹⁹² Une dimension qui s'ouvre à la fin de la période dite moderne et devient de plus en plus présente tout au long du XIXe siècle.

51

Immanence et transcendance : lier le public au projet absolutiste

Le 27 novembre 1790, Adrien Duport, rapporteur du projet de loi sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurys populaires à la Constituante française, identifie l'ordre public à une notion « absolutiste », « dont on a tellement abusé » qu'il faut l'arracher au despotisme et en faire un étendard de la liberté.¹⁹³ Le geste révolutionnaire consiste précisément à prendre une réalité considérée comme indisponible, à la fois immanente et transcendante, et à la faire descendre dans le

convention divine, qui pose l'existence d'un être plus absolu que le roi, l'absolu dans son essence même, Dieu. La convention royale ne peut se comprendre qu'à la lumière de cette dernière. » p. 2.

¹⁸⁹ Il existe une vaste bibliographie sur ce processus. Elle peut être abordée sur la base de Antonio Annino, *Silencios y disputas en la historia de Hispanoamérica*, Bogotá, Taurus - U. Externado de Colombia, 2014.

¹⁹⁰ En particulier la très vaste entreprise connue sous le nom d'*Iberconcepts*. Cf. Javier Fernández Sebastián, *Historia conceptual en el Atlántico ibérico: lenguajes, tiempos, revoluciones*, Fondo de Cultura Económica de España (FCE), 2021.

¹⁹¹ Il suffit pour l'heure d'en suggérer le caractère conventionnel, précisément parce que les processus envisagés sont longs et laborieux et qu'il serait aventureux à ce stade d'en dresser la chronologie.

¹⁹² La première référence est ici : <https://www.youtube.com/watch?v=yjLs8wAXoOE> ; et la seconde ici : <https://www.youtube.com/watch?v=Np5KfdMSsXg>

¹⁹³ *Choix des rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour ; recueillis dans un ordre chronologique et historique. Tome IV, années 1790 et 1791*, Paris, Eymery et Corréard, 1819, pp. 202 et sq.

domaine de la politique de la volonté : il ne s'agit pas seulement de débattre de l'ordre public, de le rendre polémique au sens de discutable –objet de discussion– et donc de le politiser : il s'agit aussi de refonder les institutions de justice et de gouvernement selon les nouveaux principes des droits de l'Homme et du citoyen. La radicalité de cette refonte dépasse d'ailleurs le projet de loi en question et s'incarne plus tard dans la redéfinition –acte volontariste donc– opérée par Robespierre et ses alliés, des valeurs de la *res publica*, la conquête du ciel des valeurs, et même dans le nouveau culte de l'Être suprême.¹⁹⁴ L'ordre et toutes ses clefs deviennent accessibles à la volonté souveraine ; le public peut définir l'ordre et celui-ci cesse alors d'être immanent. En revanche, la définition des limites du public devient centrale, comme nous le verrons plus loin.

Il est important de souligner ici le sens que nous donnons à deux mots : d'une part, *politiser* le public en le rendant *polémique*, et d'autre part, rendre *accessible à la volonté humaine* une réalité jusqu'alors hors de portée. Ce dernier renvoie à l'idée de l'indisponibilité de l'ordre sous l'Ancien Régime : l'ordre du monde est une création de Dieu, comme la monarchie et les corps qui la composent, et le sens de l'action politique est de conserver et de préserver cet ordre en rendant à chacun son dû, en rendant la justice, en rétablissant la perfection circonstancielle affectée par les mauvais choix d'hommes tombés dans l'Erreur. Les choses naturelles qui composent cet ordre, l'existence de ces corps, de ces statuts et de ces droits, échappent à la volonté humaine. Sans même que l'on arrive au stade où la loi de nécessité oblige à prendre des dispositions qui montrent que quelque chose (ou tout) est devenu accessible à la volonté humaine –laquelle actualise la notion livresque de « volonté générale » qui crée une constitution politique sur la base de principes proclamés tels que les droits de l'Homme et du citoyen–, la dynamique de politisation peut commencer par l'ouverture d'une possibilité, la possibilité de discuter de choses qui auparavant n'entraient pas dans la sphère de ce dont on pouvait débattre. Je me réfère ici à une proposition récente de l'historien Pablo Sánchez León, qui définit la politisation comme le processus par lequel des réalités sur lesquelles il ne pouvait y avoir de controverse deviennent partie intégrante des choses qui peuvent être discutées : s'appuyant sur l'idée de Pizzorno du « pouvoir réflexif de la politique », il caractérise la politique non plus comme « une sphère autonome d'ordre et de vie communautaire », mais comme quelque chose qui déborde ses propres limites conventionnelles au sein de l'ordre. La politique déborde ses propres frontières et en vient à inclure des dimensions de la vie communautaire jusqu'alors « traitées selon des conventions établies ou suivant des normes instituées » et qui « deviennent sujettes à la controverse et à la dispute », et –ajoute l'auteur– « finalement, à la délibération, qui est le noyau essentiel de l'action politique » –ou qui le devient à cette époque en réalité.¹⁹⁵ Nous allons voir, en miroir de cette proposition,

¹⁹⁴ Sur cette conquête du ciel des valeurs, voir le livre d'Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République : une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008.

¹⁹⁵ "Politics without boundaries at the edge of an Old Regime : the revolutionary *juntas* of 1808 in Spain", V CHAM Conference Working papers, 2021. <https://www.studocu.com/es-mx/document/instituto-tecnologico-de-campeche/economia-ambiental/politics-without-boundaries-at-the-edge/59705753> Voir aussi un texte essentiel à ce propos: Jesús Izquierdo Martín, « La política como controversia: crisis constitucional y respuesta subalterna en los albores del liberalismo », in Miguel Angel Cabrera Acosta et Juan Pro Ruiz (dir.), *La creación de las culturas políticas modernas: 1808-1833*, Madrid, Marcial Pons, 2014, vol. 5/1, p. 251-270.

comment l'ordre public se configure comme une notion *anti-politique*, en comprenant politisation dans ce sens d'une « polémisation » de réalités relevant du sacré –c'est-à-dire pas seulement transcendantes, mais susceptibles d'être défendues comme les choses sacrées.

La naissance de l'ordre public en tant qu'élément clé du projet absolutiste remonte à la fin du XVII^e siècle et en particulier à l'élaboration du juriste Jean Domat dans son grand ouvrage dans lequel il fonde une délimitation du « droit public ».¹⁹⁶ Celui-ci regroupe les devoirs de tous les membres de la société envers l'unité organique de la société et en particulier l'obéissance au souverain, indispensable au maintien de l'ordre et de la paix. L'ordre public est « l'œuvre de Dieu lui-même, qui a pourvu au gouvernement de tous les États, donné aux rois et aux princes tout leur pouvoir, et pourvu à son usage dans la société des hommes dont ils sont les chefs ». Cette adjectivation de l'ordre de la société des hommes insiste sur la nécessaire hiérarchie de tous les corps qui la composent et sur le principe d'obéissance et d'unité autour de la tête royale.

Le principe est immédiatement utilisé pendant des années par le meilleur disciple de Domat, le chancelier d'Aguesseau, l'un des principaux architectes du projet absolutiste de la monarchie française entre 1690 et 1750. Il est notamment au cœur de l'affirmation du pouvoir de Louis XV en mars 1766 face à la tentative de deux parlements de contrôler ses prérogatives, le fameux discours « de la flagellation »¹⁹⁷. Invoquant l'ordre public comme « loi fondamentale de l'État », un ordre public qui, selon ses propres termes, « émane entièrement de moi », le roi est attaqué par la prétention de ces parlements à s'associer dans une « confédération de résistance », un « corps imaginaire » qui pourrait « troubler l'harmonie » et l'unité de la monarchie. Ce discours eut un écho important dans la monarchie espagnole, puisque sa traduction fut publiée le 25 mars de cette même année dans la revue *Mercurio Histórico y Político*, au plus fort de l'émeute dite d'Esquilache.

Je voudrais souligner deux moments qui mettent en évidence l'utilisation parallèle et sans doute la compréhension commune –résultant du partage de cadres conceptuels de part et d'autre des Pyrénées à cette époque– de la notion d'ordre public dans les deux monarchies, en 1766 et en 1774. La dernière date est celle de la « Pragmatique sanction préventive des troubles et commotions populaires », qui devait assurer « l'obéissance ponctuelle aux lois et providences royales ». Sa rédaction

¹⁹⁶ Jean DOMAT, *Les quatre livres du droit public*, Edition de Joseph Rémy, 1829, Caen, Centre de Philosophie Politique et juridique URA CNRS Université de Caen, 1989.

¹⁹⁷ D'après Simone Meyssonier dans *La Balance et l'Horloge. La genèse de la pensée libérale en France au XVIII^e siècle* (Paris, Les Editions de la Passion, 1989, pp. 47-49), le traité de Droit public de Domat eut une influence importante sur les philosophes des Lumières, en particulier sur Montesquieu. Il faut noter cependant que David Gilles, auteur d'une thèse récent sur ce juriste (« La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696), du Grand Siècle au Code civil » Université Paul Cézanne, Marseille, 2004) exprime un désaccord et estime quant à lui que l'influence de cet ouvrage est difficile à démontrer. Sa republication en 1777 est cependant pointée par Sophie Dreyfus dans sa *Généalogie du délit politique* (Paris, LGDJ, 2009, p. 45) comme importante dans la configuration de la notion moderne d'ordre public.

fut coordonnée par le comte de Ricla, Secrétaire à la guerre du roi Carlos III, qui qualifia l'ordre public, expression inhabituelle à l'époque dans la monarchie hispanique, de « constitution fondamentale de l'État ». Ce texte s'inscrivait dans la lignée des mesures publiées après l'émeute d'Esquilache, le 5 mai 1766, qui avait vu la première apparition dans un texte normatif de l'expression « ordre public » au plus haut niveau des institutions monarchiques. La rédaction de la Pragmatique s'explique par le fait que deux ans plus tôt, en 1772, plusieurs corporations artisanales de Barcelone s'étaient constituées en conseil, envoyant un procureur à Madrid et s'imposant comme interlocuteur collectif face aux représentants du roi, tout en coordonnant l'opposition aux levées militaires (*quintas*). Ces corporations étaient mécontentes depuis 1766 d'avoir été exclues de l'élection des Procureurs syndics du commun au sein des corps municipaux, innovation qui avait visé à parfaire l'organisation corporative de la monarchie, suite à l'émeute d'Esquilache. En agissant ainsi, les artisans barcelonais répétaient un geste de la plèbe madrilène de mars 1766, qui avait été perçu à l'époque comme un « crime énorme » : en élaborant des constitutions et en envoyant une députation au roi, les émeutiers de la Semaine Sainte – en réalité, la majeure partie du petit peuple de Madrid – s'étaient auto-institués ou autoconstitués de manière « monstrueuse » du point de vue du iusnaturalisme catholique. Cette prétention était de même nature que celle que Louis XV avait discursivement flagellée quelques semaines plus tôt devant les parlements et relevait de l'*atrocitas* des crimes de lèse-majesté et de lèse-majesté divine.¹⁹⁸

54

Quelques jours après l'émeute de Madrid, un des discours de condamnation qui circulent fait écho à la représentation ordonnée de tous les corps de la monarchie qui occupe les actes et écrits d'expiation organisés en mai.¹⁹⁹ Ce *Discurso histórico de los acaecido en el alboroto de Madrid*, tout d'abord, refuse à « l'armée de vagabonds » qui avait occupé les rues de Madrid le statut de « Peuple », rappelant que celui-ci était « un corps respectable, autorisé en tout point par les magistrats, les conseils municipaux et autres personnes de haute qualité » ; d'autre part, il différencie ce « corps sans tête » du « Public », défini au passage, synthétiquement, comme « l'ensemble d'un Royaume, d'une République ou d'une Seigneurie, avec les Juges compétents qui peuvent formaliser certaines Lois, que le Souverain doit ensuite autoriser avec son approbation ». L'auto-organisation des mutins mise en évidence par l'enquête approfondie diligentée par le gouvernement monarchique pour éclaircir ce qui s'était passé, outre qu'elle soulignait le défaut de représentation du « commun » auquel la réforme municipale allait tenter de remédier, questionnait en définitive la dynamique même de la constitution et de la définition du public, la dynamique traditionnelle iusnaturaliste et corporative.

Ce problème ne se cantonna pas à la ville de Madrid en mars 1766, et nous pouvons le lire en termes de politisation dans le sens de la proposition de Pablo

¹⁹⁸ Julien Théry, « Atrocitas/enormitas. Pour une histoire de la catégorie de “crime énorme” du Moyen Âge à l'époque moderne », 4, 2011, p. 4. Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè Editore., Milano, 1974.

¹⁹⁹ Notamment l'ordonnance du 5 mai 1766. Voir José Miguel GARCIA LOPEZ : *El motín contra Esquilache. Crisis y protesta popular en el Madrid del siglo XVIII*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Sánchez León évoquée plus haut : la tentative de faire du public quelque chose de discutable, de polémique, était *absolument* insupportable. L'idée « d'ordre public », affirmée, en réaction, comme « la constitution fondamentale de la monarchie », pouvait fonctionner comme une clôture anti-politique en rappelant le caractère immanent et transcendant de l'ordre institutionnel lui-même, c'est-à-dire son caractère indisponible pour la volonté humaine. La sacralité de l'ordre public était une qualité indispensable pour que son invocation puisse fonctionner comme un moyen de contenir la politique dans ses limites traditionnelles. Dans le royaume voisin, de ce côté-ci des Pyrénées, elle fut au cœur des deux assemblées successives du clergé de 1770 et 1775, dont les avertissements furent diffusés dans toutes les paroisses du royaume, et constitua une contre-offensive majeure contre certaines idées du siècle, notamment celles du baron d'Holbach.²⁰⁰ Elle était également présente dans la hiérarchie des crimes de la *Science de la législation* de Gaetano Filangieri : dans cet ouvrage, qui connut un succès immédiat en plusieurs langues européennes, le juriste napolitain liait étroitement les crimes contre l'ordre public à la lèse-majesté royale et divine.²⁰¹ Nous verrons plus loin que ce point est important dans la mesure où il participe du rapport de force lié à la fonction dépolitisante de l'ordre public.

La disponibilité de l'ordre et sa modération : les révolutions

55

La proposition de Duport en novembre 1790 repose sur le légicentrisme le plus radical : la *justice* est « l'unique fondement de l'ordre public » et aucun pouvoir ne peut être légitimé en dehors de la convention ou du contrat librement consenti par les hommes, et sur une nouvelle conception de la loi, égale pour tous, publique, générale et d'application obligatoire. L'ordre public est la garantie des droits par l'application de la loi, toute la loi et rien que la loi. Cela faisait coïncider le « public » avec les individus de la nation et le domaine du « public » avec l'État de droit. Cette conception voyait dans toute imposition non fondée sur le droit –y compris l'abus d'autorité par un agent public, avec une suspicion à l'égard de tout détenteur d'une position institutionnelle– le principal danger pour l'ordre public : le despotisme. L'arbitraire était vu comme une violence empêchant l'union de la paix et de la liberté, véritable contenu d'un ordre public fondé sur le droit.

Onze ans plus tard, dans le Code civil de 1801, art. 6, l'ordre public est défini par défaut en reprenant une formule de Domat : « *On ne peut déroger par convention particulière aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », mais dans un contexte tout à fait différent qui charge les mots d'une nouvelle signification. On n'analysera pas ici cette différence, ce qui nous éloignerait de notre sujet. Ce qui nous

²⁰⁰ Michel PERONNET : "La théorie de l'ordre public exposée par les assemblées du clergé : le trône et l'autel (seconde moitié du XVIII^e siècle)", dans Jean NICOLAS (éd.) : *Mouvements populaires et conscience sociale : XV^e-XIX^e siècles : actes du colloque de Paris, 24-26 mai 1984*, Paris, Maloine S.A., 1985, pp. 625-34.

²⁰¹ Détails dans François GODICHEAU : "Origines de la notion d'ordre public en Espagne : sa naissance dans un cadre juridictionnel", *Ariane historique. Langages, concepts, métaphores*, 0, 2 (2013), p. 107-30.

intéresse pour la suite est que l'association avec les bonnes mœurs, au temps du triomphe du légicentrisme et de la prétention au monisme étatique, ouvre un vaste champ d'imprécisions qui va donner du fil à retordre à nombre de juristes français qui, au cours du XIX^e siècle, cultiveront le récit de « l'État de droit ». Cette évolution surprenante est confirmée et expliquée par l'opinion commune des préfets napoléoniens, analysée par M.-N. Bourguet à partir de l'étude de leur nombreuse correspondance. Les préfets prirent conscience de l'importance et de l'ambivalence de l'ordre coutumier des paysans, facteur de résistance et de désordre, mais aussi ensemble de coutumes, de préjugés et d'opinions qui s'articulaient pratiquement avec les lois dans le fonctionnement de la société. Selon l'historienne, ils découvrirent que « l'ordre public n'est pas la loi, mais la traduction en droit positif de l'état moral et social de la nation ». ²⁰²

Cela ne signifie pas pour autant que les rédacteurs du code civil avaient cessé de professer le légicentrisme. Au contraire, la formule de Domat était une ressource puissante pour faire de la loi émise par la puissance souveraine la seule source d'obligations, afin non seulement de centraliser le pouvoir normatif, mais aussi d'éliminer le pluralisme caractéristique de l'Ancien Régime, comme avait été éliminé le pluralisme des droits. La clé de cette apparente contradiction est donnée par l'association par préfets de l'état moral à l'état social, et même à ce que nous appellerions aujourd'hui la productivité économique : « Ce n'est pas assez de voir (les lois) sous leur rapport avec le droit naturel, il faut les considérer sous ceux qu'elles ont avec l'agriculture et la morale » ; ce que M.-N. Bourguet traduit : « c'est-à-dire sous l'angle de la prospérité et de la paix publiques ». ²⁰³ Elle fait ainsi référence à une naturalisation de l'inégalité appelée à se consolider dans les décennies suivantes, avec une distinction radicale entre l'ordre social considéré comme une réalité de fait, objet d'une nouvelle science de la société à venir, et l'ordre du droit, objet de la volonté du public, de la nation souveraine. ²⁰⁴

Cette distinction, si l'on comprend qu'elle a été facilitée par le bouleversement social des années révolutionnaires et la poussée de la plèbe à revendiquer le statut de peuple et à participer à la définition des affaires publiques, trouve néanmoins son origine dans les premiers débats de 1790. A l'idéal de garantie des droits s'oppose la nécessité de protéger d'abord la propriété, puis « la sûreté des personnes », ce qui incite à confier à la maréchaussée – troupe militaire transformée en gendarmerie – des missions de police de sûreté, en concurrence ou en tutelle avec les juges de paix. Il s'agit de prévenir les « délits favorisés par un égarement momentané de l'opinion locale », le soutien à la contrebande, la résistance à l'impôt, la violence dans les assemblées, et pour cela il faut des « hommes indépendans du peuple ». En outre, la

²⁰² Marie-Noëlle BOURGUET : "Désordre public, ordre populaire à l'époque napoléonienne", in Jean NICOLAS (ed.) : *Mouvements populaires et conscience sociale : XVI^e-XIX^e siècles : actes du colloque de Paris, 24-26 mai 1984*, Paris, Maloine S.A., 1985, pp. 697-710. Tiré de l'internet (<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3331256h>).

²⁰³ p. 704.

²⁰⁴ En effet, un peu plus tard, cette réalité de fait de l'ordre social sera observée comme un objet de connaissance, afin de formuler ses « lois », à l'instar des « lois de la nature » des sciences physiques. Sur la naturalisation de l'ordre social, voir évidemment le livre de Deborah Cohen, *La nature du peuple. Les formes de l'imaginaire social (XVIII^e-XXI^e siècles)* (Paris, Champ Vallon, 2010)

Révolution doit prouver qu'elle peut protéger les garanties constitutionnelles des « bons citoyens » contre la « liberté désordonnée des méchants » et empêcher « les troubles anarchiques et l'agitation populaire ».²⁰⁵ Six mois plus tard, lors du débat sur le projet de code pénal, le rapporteur Le Pelletier de Saint-Fargeau mentionnait à plusieurs reprises « l'ordre social » en indiquant le complément indispensable du code pénal, à savoir une « bonne police » capable de prévenir les crimes. Les qualités de la gendarmerie « qui a tout, en un mot, pour épouvanter le crime et rien pour alarmer la liberté » permettaient de réprimer « les abus de la mendicité » « en détruisant cette condition si multipliée en France de vagabonds et d'inconnus, êtres toujours cachés pour mal faire et toujours errants pour éviter le châtement du mal qu'ils ont fait ». La naturalité de l'ordre social reposait sur la distinction naturelle entre, d'une part, les individus de la nation et les bons citoyens et, d'autre part, les mauvais, dont les habitudes étaient révélatrices de l'état moral. En réalité, cette distinction était produite par des discours politiquement et socialement situés, émanant de certaines institutions qui représentaient le [rétablissement] de l'ordre ; cette distinction fut élaborée en termes moraux à partir de la pratique d'agents tels que les préfets napoléoniens, et de la police, dont le rôle de producteur d'un récit de l'ordre était crucial.²⁰⁶ L'imaginaire de l'ordre social reposait alors sur la figuration morale et la catégorisation institutionnelle du désordre.

Faire des « méchants » (vagabonds, etc.) des êtres dangereux avait pour conséquence de les placer en dehors de l'espace des droits et de la protection de la liberté constitutionnelle. En effet, le crime ou simplement leur condition morale les mettait à l'écart. La fameuse tension entre liberté et sécurité est peut-être moins insolvable si l'on se demande « pour qui » l'une et l'autre ont été conçues : la liberté de qui et la sécurité de qui ? La préservation de la sécurité des citoyens propriétaires, et même de leur liberté de jouir en toute sécurité de leur propriété, peut se faire aux dépens de ceux qui représentent une menace pour l'ordre social dans son ensemble. Le caractère central de la propriété, qui vient en premier et à laquelle s'articule la sécurité, est un indice qui nous conduirait à examiner le cas français en suivant l'analyse proposée par l'historien du droit espagnol Bartolomé Clavero à propos du premier constitutionnalisme hispanique. Il montre en effet que les « individus de la nation » au sein de ce premier constitutionnalisme au moins, étaient une minorité et correspondaient à ceux qui avaient statut de *vecinos* (voisins), ce que l'on pourrait traduire par « chefs de feu » en français. En effet, l'exclusion des femmes, des enfants vivant sous le toit du père (même adultes donc) et des « serviteurs domestiques », c'est-à-dire de tous les dépendants salariés liés à la maison, à l'autorité du maître au

²⁰⁵ Même débat, 30 décembre 1790, *Choix des rapports...*, p. 274 et sq. Ces mots sont ceux de Jacques-Guillaume Thouret, député de Rouen. La question de la capacité des nouvelles institutions à garantir l'ordre social et la controverse autour de l'intervention du pouvoir militaire dans celui-ci se reproduisent à Cadix en 1811-1813.

²⁰⁶ Je suis tout à fait d'accord avec M.N. Higounet lorsqu'il écrit : "Pris dans un réseau d'oppositions qui fait de lui un instrument manipulé par les ennemis de l'ordre ou un agent social incapable d'un usage rationnel de ses droits, c'est donc le peuple qui, en dernière analyse, est l'objet de toutes les descriptions du désordre. C'est sur lui que repose toute la question de l'ordre" (art. cit. p. 704).

sein de l'*oikos*, réduisait le nombre des « individus » à une part tout à fait minoritaire de l'ensemble de celles et ceux qui sont pour nous, modernes, des individus.²⁰⁷

Sans examiner cette hypothèse en détail, il convient de noter que la première distinction entre le bon et le mauvais pour permettre à la gendarmerie d'intervenir et de protéger plus rapidement les biens et la sécurité conduisit vingt ans plus tard à l'institution de la Haute Police napoléonienne.²⁰⁸ De même, dans l'exposé des motifs du second code pénal de 1810, le comte de Berlier justifiait le fait de confier à la gendarmerie la surveillance des condamnés à des peines afflictives ayant purgé leur peine, c'est-à-dire des « malfaiteurs », d'une part, et des « vagabonds et mendiants », c'est-à-dire aussi des journaliers qui ne sont pas en possession d'un livret de travail valide, d'autre part. La mention de la dangerosité de ces personnes, de la menace particulière qu'elles représentaient pour « l'ordre public » venait juste après le sujet des attaques contre les agents de l'autorité, les plus hauts dans la hiérarchie, les pires, dans un dessein général où se lisait l'influence de Filangieri. L'institution de la Haute Police n'est pas destinée à « troubler les bons citoyens » mais à les rassurer car « la société » a des « précautions à prendre lorsque les hommes qui l'ont grièvement troublée rentrent dans son sein ». Alors, la restriction des droits individuels des condamnés « complète la garantie sociale ».²⁰⁹ C'est pourquoi la « surveillance légale » est détachée de l'autorité judiciaire et renvoyée à « l'autorité administrative ». A un député qui s'insurgeait contre le fait qu'une personne accusée de mendicité puisse avoir à prouver son innocence, Berlier répondait que « la qualité de la personne justifie cette présomption ». Il concluait en affirmant que les vagabonds « ne sont pas membres de la cité ».²¹⁰ Ces distinctions entre types d'autorités et types de sujets, en matière de protection de l'ordre public, furent ensuite systématisées par Jean-Baptiste Sirey tout au long de ces années fondatrices du droit français « libéral ».

Cette évolution, presque concomitante avec l'affirmation de la disponibilité des coordonnées de la société politique à la volonté souveraine, fixa des limites à cette disponibilité qui tenaient à la qualité des sujets. Le problème politique majeur de cette disponibilité aux yeux des hommes d'ordre était précisément qu'elle n'avait intrinsèquement pas de limites. Notons à ce sujet que la dynamique de la polémisation en tant que politisation (Sánchez León) a été fortement liée par l'historien du droit Pietro Costa aux circulations entre les révolutions française et haïtienne.²¹¹ La formulation universaliste des droits joua un rôle important dans la rhétorique de la révolution haïtienne parce qu'elle ouvrit un espace de conflit dans lequel et grâce auquel émergèrent des actions et des demandes de reconnaissance de la part de sujets

²⁰⁷ Bartolomé CLAVERO : "Cádiz 1812 : Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42, 2013, pp. 201-79.

²⁰⁸ Sur l'évolution entre les deux premiers codes pénaux français, voir Pierre LASCOUMES, Pierre PONCELA et Pierre LENOËL : *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Denoël, 1989.

²⁰⁹ Cité par Lascoumes p. 261. Sur cette question, voir évidemment l'ouvrage d'Anne Simonin, *Le déshonneur dans la République: une histoire de l'indignité (1791-1958)*, Paris, Grasset, 2008

²¹⁰ Le regroupement des condamnés, des vagabonds et des "ouvriers ou journaliers" dans un même pôle de dangerosité est confirmé par leur association dans la définition du crime de rébellion (art. 219).

²¹¹ Pietro COSTA : "La retorica dei diritti : conflitti e progetti in una rivoluzione di fine settecento", *In Antidora : homenaje a Bartolomé Clavero*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 281-300.

qui s'approprièrent le langage des droits. Les débats autour des droits des personnes libres de couleur – qui est le « tous » dans l'expression « tous égaux en droits » ? - et leur prompt revendication firent prendre conscience aux propriétaires blancs du danger de cette disponibilité des droits, à la fois en tant que ressource et en tant que langage. A leur appropriation illimitée et à la politisation qu'elle impliquait, les colons opposèrent la « naturalité » des races et le danger pour l'ordre social²¹². L'auto-institution de sujets comme les esclaves, pensés par leurs maîtres comme des objets, représente le point culminant de la politisation et la démonstration du caractère désormais disponible de la catégorie du « public ». Cette dynamique de radicalisation si évidente dans le cas antillais – et qui passa par une guerre – existait aussi dans le cas des faubourgs parisiens ; la naturalisation de l'ordre social, avec la sacralisation de la propriété, s'articula avec l'exclusion juridique de certaines catégories de sujets en vertu de l'ordre public. L'ordre public, au lieu d'être le produit des lois comme le proposait Duport, devint, par son association à un ordre moral et à un ordre social compris comme indisponibles, une notion para-constitutionnelle dont l'étroite relation avec la *salus pública* permettait de reléguer certains types de sujets dans des limbes juridiques, un espace d'où leurs revendications, trop fortement ou collectivement articulées, pouvaient les transformer en « ennemis de la société ».

L'ordre public comme dimension parallèle et la dynamique de dépolitisation

Le constitutionnaliste Pedro Cruz Villalón, dans sa thèse sur l'exceptionnalité juridique dans l'Espagne contemporaine, a proposé l'idée d'une « double constitution » pour illustrer la coexistence d'un espace constitutionnel de droits avec un espace exceptionnel qui pourrait être ouvert par une déclaration d'état de siège ou d'urgence, et pourrait signifier pour certains ou pour tous la perte des garanties citoyennes présentes dans l'état de normalité.²¹³ Le problème de départ était l'incorporation dans le système juridique fondé sur la constitution, des moyens utilisés pour la défense extraordinaire de « l'État », qui en réalité, sous l'étiquette de l'ordre public, englobait bien plus que la défense du cadre juridico-institutionnel organisé par la constitution. Nous venons de voir, en effet, que dès le début et même en pleine Révolution française, la naturalité de l'ordre et sa sacralisation, évacuées par le radicalisme du pouvoir constituant, revinrent sous le couvert de « l'ordre social » et des « bonnes mœurs ». Cela signifie, d'une part, l'articulation formelle avec la constitution d'institutions « largement considérées comme incompatibles avec elle, devant en être exclues et confinées, le cas échéant, dans le monde de la nécessité ».²¹⁴ D'autre part, cela impliquait la coexistence réelle – dès l'instant où la constitution était en vigueur – de deux espaces normatifs, ou plutôt de deux dimensions : celle de la

²¹² Sur le contexte de ce débat, voir le livre de Jean Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *Race et histoire dans les sociétés occidentales (XV^e-XVIII^e siècles)*, Paris, Albin Michel, 2021.

²¹³ Pedro CRUZ VILLALON : *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

²¹⁴ Ibid, p. 13.

normalité, régie par les droits, et celle de l'exceptionnalité, régie par la loi de nécessité, la bascule se faisant d'une dimension à l'autre sur la base d'une invocation de l'ordre public.

L'articulation juridique entre ces deux dimensions, la membrane séparatrice de ce système de « double constitution » –là encore, l'expression est de Pedro Cruz Villalón–, qui permettait le passage d'une dimension à l'autre, fut appelée dans l'agenda constitutionnel espagnol la « loi d'ordre public » et ne fut formalisée et adoptée qu'en 1870. Avant cette date, on ne trouvait que la loi dite « d'ordre public » – l'expression n'y figure pas– du 17 avril 1821, qui intégrait des innovations anglaises (*riot act*), mais surtout françaises (loi martiale et état de siège), dans la défense extraordinaire, non seulement de la constitution, mais aussi de l'ordre social, puisqu'elle couvrait la lutte contre certains types de personnes, les mêmes que celles visées par la Haute police napoléonienne : les vagabonds et les bandits. Le contexte dans lequel fut adoptée cette loi –qui en fut transposée ensuite au royaume de Naples, inspira plusieurs normes en Amérique et fut en vigueur en Espagne jusqu'en 1870– montre qu'il s'agit bien d'une loi de défense sociale contre la plèbe, qu'il s'agit de maintenir aux portes de l'ordre public, en le renforçant *via* le lien à la sacralité du pouvoir royal.²¹⁵ En fait, la formulation de cette loi coïncide pour certains paragraphes avec celle du projet de code pénal de 1822, qui reprend la même hiérarchie des crimes de Filangieri, en plaçant les atteintes à l'ordre public en tête de liste, avec les atteintes à la religion et à la famille royale.

60

Parler de la *dimension* de l'ordre public plutôt que d'*espace* permet de comprendre que cette clause fonctionne non seulement sur le mode de l'*extraordinaire* –déclaration de l'état de siège pour un temps donné et un espace circonscrit– mais aussi sur le mode *ordinaire* et quotidien, en liant l'exceptionnalité à la *qualité* des sujets en raison du danger qu'ils représenteraient –pour ce qu'il *sont*– pour l'ordre social/moral, en permettant à certaines catégories de personnes de tomber dans ces limbes en fonction du contexte (vagabonds, bandits, travailleurs, libres de couleur, noirs, indiens, colonisés), ce qui rendait extrêmement difficile la revendication de leurs droits. En effet, dans cette dimension, le langage de l'ordre se substitue au langage des droits et oppose à la force de la revendication des droits –qui sont à la fois l'objet revendiqué et le langage de leur revendication, avec l'effet de politisation intrinsèque que cela implique– la force de la catégorisation institutionnelle comme *sujets dangereux*, force qui repose sur la mobilisation des valeurs morales fondamentales de la communauté et sur la mobilisation immédiate d'une force physique, celle du pouvoir administratif –et souvent militaire– qui n'admet pas d'autre recours que celui de la résistance armée.

Ce qui donne à l'ordre public sa qualité de dimension parallèle dans laquelle on peut tomber presque par inadvertance est lié à la construction de cette exceptionnalité à partir de la vie quotidienne, à travers la capacité du pouvoir administratif, nouvelle incarnation, précisément quotidienne et multiscalaire, d'un « pouvoir oïconomique », d'*appréhender en qualifiant*. Il s'agit d'un pouvoir qui prive préventivement de garanties

²¹⁵ Roberto Luis BLANCO VALDÉS : *Rey, cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Valencia ; Madrid, Institució Valenciana d'Estudis i Investigació ; Siglo Veintiuno Editores, 1988.

par des décisions prises souvent à une échelle micro et entérinées ensuite en vertu du système de « double constitution », et qui prive de parole les sujets appréhendés, en les faisant tomber dans le gouffre des catégories moralement condamnées. Cette quotidienneté de l'ordre public mêle ses dimensions institutionnelle, sociale et morale d'une manière qu'il faudrait appréhender en profondeur, sans séparer l'analyse des logiques institutionnelles de celle de la construction des figures du désordre.²¹⁶ Évidemment, ce rapport de force quotidien, qui nécessite de nombreuses recherches, est aussi un rapport de force permanent, car la tentative de dépolémisation que représente l'affirmation anti-politique de l'ordre public n'échappe pas à la logique même de la polémisation. Pour le dire autrement, la raison administrative peut être combattue par des gens qui raisonnent et qui élaborent d'autres catégorisations, un autre ordre, non seulement dans les livres, comme Joseph Proudhon, mais aussi avec des armes comme les révolutionnaires espagnols de 1936-1937.

Conclusion

La construction concrète du pouvoir administratif, et en particulier des institutions policières, s'est faite au cours du XIX^e siècle au rythme d'un antienne qui disait « moins de politique, plus d'administration ». L'approche ouverte par cette compréhension de la notion d'ordre public permet d'étudier conjointement cette construction institutionnelle et l'analyse des phénomènes d'exclusion radicale de la communauté politique. Ces phénomènes, lorsqu'ils font l'objet d'une réponse collective de la part des intéressés et que ceux-ci parviennent à se constituer en communauté imaginée, peuvent conduire à la guerre civile. Cette approche permet surtout de lier les questions d'identification et de catégorisation des sujets à la construction de l'ordre *social* et *politique*, intégrant l'ordre *juridique*, précisément dans une période où ces trois domaines s'autonomisent, entre les XVIII^e et XIX^e siècles ; ceci, sans priver cette construction de son caractère processuel, puisqu'elle permet d'étudier les phénomènes de décomposition/recomposition de cet ordre, même s'ils sont violents et définitifs. En effet, si la force de l'invocation de l'ordre public pour l'exclusion des sujets et la répression des attitudes repose sur sa mobilisation des valeurs morales fondamentales de la communauté, sa contestation appelle une force plus grande encore et implique une reformulation des valeurs qui conduit à la guerre *absolue* –pour reprendre une catégorie de Pizzorno–, qu'elle soit dite civile ou religieuse.

L'histoire de l'ordre public permet de comprendre cette *vis* dépolitisante et de compléter la compréhension des dynamiques de politisation signalées par Pablo Sánchez León. Pietro Costa réintroduit quant à lui dans l'idée de ces processus de politisation la question de l'expérience et du rapport de forces, qui font de la politisation une dynamique fondée sur l'appropriation des droits, c'est-à-dire sur

²¹⁶ Un exemple de travail réalisé avec ces caractéristiques : Alina Castellanos Rubio, « La construcción judicial del orden social en Cuba (1820-1868) », thèse de doctorat de l'Université Bordeaux Montaigne - Universidad del País Vasco (UPV-EHU), Bordeaux, 2019.

l'auto-catégorisation en tant que sujets porteurs des droits revendiqués. Mais ce n'est là qu'un des pôles du rapport de force : l'action administrative quotidienne et la mobilisation politique d'exclusion depuis l'ordre public représentent une autre dynamique, avec son propre langage et son propre type de performativité.

C'est pourquoi il me semble que l'approche de l'ordre public esquissée ici est utile pour comprendre les dynamiques politico-institutionnelles de la période qui nous intéresse, à partir de multiples situations concrètes situées dans l'espace hispano-portugais qui partage les conditions de passage entre l'Ancien Régime et le régime de l'État de droit, tout en considérant les circulations conceptuelles et institutionnelles au sein du vaste espace culturel inter-monarchique vers lequel nous nous tournons.

En tant que clause d'action d'une part, et d'autre part, notion qui, étant fonctionnelle, est nécessairement articulée à une grammaire conceptuelle et à une configuration politique, à un contexte historique, la notion d'ordre public est une ressource de légitimation du discours et de l'action qui nous oblige à considérer le substrat culturel *en relation avec* les usages sociaux et politiques. Son étude oriente l'analyse vers le langage en tant qu'acte et, de fait, son énorme force de légitimation peut être analysée en termes de force illocutoire (par exemple la simple affirmation de son existence). D'autre part, elle oblige à repenser la manière habituelle d'aborder la circulation des idées ou des concepts, non seulement entre les espaces monarchiques (ou impériaux), mais aussi entre les échelles géographiques : ses caractéristiques rendent toute approche comparative beaucoup plus fragile, les contextes d'utilisation devenant peut-être plus importants qu'un contenu conceptuel incertain. En réalité, sa fonctionnalité en tant que ressource politique repose sur une combinaison de culture partagée et de contextes ou configurations qui donnent du sens à son utilisation. Cela peut se résumer en une formule, celle d'une histoire *commune* : celle de contextes impériaux et locaux partageant un substrat culturel à partir duquel le sens de l'expression peut être activé dans des contextes particuliers. Ces contextes peuvent être considérés comme des problèmes qui se posent de façon conjointe dans les différents espaces. La comparaison des appropriations et des usages de l'expression de l'ordre public peut se faire dans la mesure où ces usages sont des éléments de solution à des problèmes partagés.

Enfin, et au-delà de la compréhension de la période charnière des XVIII^e-XIX^e, l'étude de la notion d'ordre public répond aussi à l'aspiration à un dépassement des conventions du présent, dépassement qui à mon sens échappe à l'affirmation d'une nouvelle vérité contenue dans l'idée de perspective –laquelle pose selon Ginzburg un problème récurrent à l'écriture de l'histoire– et qui permet au contraire de voir en action le spectacle du débordement politique des conventions et de la recomposition de celles-ci, jusqu'à notre propre rivage.²¹⁷

²¹⁷ Carlo Ginzburg, « Distance et perspective. Deux métaphores », in *A distance. Neuf études sur le point de vue en histoire*, cit.

La notion de sûreté, facteur de légitimation du renforcement du pouvoir exécutif en Europe

Hanan Qazbir

Maître de conférences en Droit public à l'Université Toulouse-Capitole
Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la
Communication- IDETCOM

“L'équilibre des pouvoirs que chaque constitution cherche à assurer se trouve déplacé par le simple frottement des rouages”²¹⁸.

Introduction :

Pour Montesquieu, la puissance exécutrice n'a pas besoin d'être limitée, il faut même éviter que la puissance législative ait « *la faculté d'arrêter la puissance exécutrice car l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner outre que la puissance exécutrice s'exerce toujours sur des choses momentanées* »²¹⁹. La nature de cette puissance exécutrice, en effet, n'exige son action que momentanément. Le pouvoir exécutif justifierait sa puissance d'action par l'absence de permanence. De plus, selon Machiavel, « *le peuple ne désire pas gouverner, il désire ne pas être gouverné. Le peuple doit néanmoins être gouverné* »²²⁰. La solution pour obtenir l'obéissance serait de « *gouverner le peuple sans qu'il éprouve la sensation intolérable d'être gouverné* »²²¹. Cette vision assez cynique du pouvoir, caractéristique de la pensée de Machiavel, pose donc le pouvoir exécutif comme « *la fraude d'un pouvoir qui prétend agir au nom du peuple* »²²². Pourtant, chez Hobbes, le pouvoir exécutif n'est pas frauduleux ou criminel, il est « *régulier, légal et moral* »²²³. Pour lui le détenteur de ce pouvoir a une mission d'exécutant plus que de représentant du peuple²²⁴. Si à l'origine le pouvoir exécutif n'était qu'une sorte de pouvoir dérivé du pouvoir législatif, cette époque est révolue. Progressivement, un déplacement du centre de décision a eu lieu.

63

²¹⁸ E. Pierre, *Politique et gouvernement*, Paris, May et Motteroz, 1896, p. 299.

²¹⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, p. 110

²²⁰ H. C. Mansfield, « Gouvernement représentatif et pouvoir exécutif », *Revue Commentaire*, 1986, n° 4, p. 664.

²²¹ *Ibid.*, p. 666.

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

La définition du pouvoir exécutif induit alors, une autre question cette fois-ci concernant sa relation, son lien avec la responsabilité²²⁵. Dans le cadre de son action d'exécution, le pouvoir exécutif peut lorsqu'il rencontre une résistance, la désarmer en soutenant qu'il ne fait qu'appliquer la « *volonté d'un autre* » puisque l'auteur définit le pouvoir exécutif comme « *un pouvoir exercé au nom de quelqu'un d'autre - Dieu ou le peuple - ou de quelque chose d'autre - la loi* ». Cet état de fait constituerait une « *faiblesse explicite* » soutenant « *sa force implicite* » car le détenteur du pouvoir exécutif pourra « *revendiquer la responsabilité d'une action ou l'éluder* »²²⁶. La principale justification de cette constatation repose sur l'idée commune – rappelée plus récemment par Mansfield – que les « *lois (...) ne couvrent que ce qui est général et prévisible ; il faut toujours leur ajouter un pouvoir discrétionnaire, l'exécutif (...) [ce gouvernement représentatif], ne peut faire respecter ses lois sans une exécution énergique, mais parce qu'il est dérivé du peuple, il ne peut admettre que la légitimité du gouvernement soit fondée sur la sagesse discrétionnaire* »²²⁷. En tout état de cause, la question de la tendance au renforcement de l'exécutif se pose alors par rapport à sa capacité d'action et non dans sa prise de responsabilité.

Par bien des aspects, la notion de “sûreté”, est-elle marquée par l'ambivalence. Sa signification a fait l'objet d'hésitations et d'évolutions avant de s'affirmer²²⁸. Elle semble, en effet, s'éclairer à la lumière des textes relatifs à la garantie des droits fondamentaux²²⁹. La notion de sûreté est intimement liée à la liberté “ *puisqu'elle consiste à n'être pas susceptible de faire l'objet d'une poursuite, d'une arrestation ou d'une détention arbitraires* ”²³⁰. Pourtant, la notion de sûreté se trouve également au cœur de la mission de maintien de l'ordre public de l'Etat conditionnant la réalisation des libertés individuelles. L'ambivalence concerne, ainsi, non pas les rapports de la sûreté aux individus ou à l'Etat mais son impact sur les rapports entre l'Etat – plus précisément le pouvoir exécutif – et les individus. Nous assistons, en fait, à un glissement opéré dans la convocation de la notion de sûreté. La sûreté s'entendait, en effet, à l'époque révolutionnaire, dans un sens *d'opposition contre l'Etat*, le pouvoir monarchique, dans ses rapports aux individus puisqu'elle désignait une *garantie des droits* par la sécurité juridique. L'évolution a mené à une confusion avec l'obligation de sécurité²³¹ pesant sur l'Etat dans son contrat social avec les individus mais aussi et surtout la sûreté est comprise comme la *sûreté de l'Etat*. La sûreté devient alors, un élément de l'ordre public, un « *facteur de conservation de la société politique en tant que telle* »²³².

Il ne s'agira pas de traiter de la notion de sûreté mais de ses conséquences sur l'exercice du pouvoir exécutif en Europe. Ces questionnements porteront sur les

²²⁵ Cf S. Mouton, «La notion de légitimité dans le renforcement du pouvoir exécutif », M. Morabito, *Le pouvoir exécutif en Europe*, Bruylant, 2024.

²²⁶ H. C. Mansfield, *op. cit.*, p. 665.

²²⁷ *Ibid.*, p. 664.

²²⁸ M.-A. Granger, “Existe-t-il un “droit fondamental à la sécurité”?”, RSC, 2009, p. 273 et s.

²²⁹ J. Robert, *Libertés publiques*, Montchrestien, coll. Université nouvelle, Précis Domat, 1971, p. 161.

²³⁰ J. Morange, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Que sais-je ?, PUF, 4^e éd., 2002, p. 46.

²³¹ P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », RFDA, 2011. 1085.

²³² F. Moderne, « Sûreté », in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 1006.

exemples de la France, la Belgique, la Suisse, la Suède. Ce choix s'explique par les grandes distinctions des régimes (monarchie parlementaire, république, régime de type directoire de la Suisse) et des choix d'organisation de ces pays (structure unitaire, fédérale). Le respect du principe d'autonomie institutionnelle permet aux Etats européens²³³ de mettre en place le régime politique de leur choix, de s'organiser selon leur culture juridico-politique et leurs impératifs institutionnels. La seule restriction réside dans le respect de l'état de droit, restriction relative au regard de l'évolution de certains Etats européens (Pologne, Hongrie²³⁴). Le régime politique choisi peut prendre n'importe quelle forme si ce choix provient du peuple s'exprimant librement dans une société où le pluralisme politique notamment, existe. Un point commun est à souligner. Le choix du régime parlementaire constitue la base théorique à tous les systèmes européens et ce dans le cadre d'un Etat unitaire ou fédéral quel que soit la variante du parlementarisme choisie : Monarchie parlementaire, Parlementarisme primo-ministériel, à captation présidentielle, parlementarisme directorial etc.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en revanche, fait peser sur les Etats l'obligation d'adapter son action et prendre les mesures pour éviter les décès prévisibles²³⁵. L'Europe assiste ainsi à une évolution des pratiques politiques des dirigeants de ses composantes mais pas uniquement. Les normes législatives, administratives martèlent la volonté d'un pouvoir exécutif fort face à cette problématique sécuritaire d'abord puis sanitaire ensuite. La banalisation, la normalisation de ces situations d'exceptions interpellent dans les trajectoires futures possibles. Pourtant, la lecture des dispositions de la CESDH met bien en garde contre d'éventuels abus. Clairement, « avoir l'objectif de protéger la vie n'autorise pas des mesures qui porteraient une atteinte disproportionnée aux autres droits fondamentaux – même si la protection de la santé publique est explicitement considérée comme un objectif légitime dans plusieurs dispositions de la Convention »²³⁶. Cette étude traitera notamment de ce phénomène de renforcement du pouvoir exécutif au détriment du pouvoir législatif et de l'intervention du peuple. L'observation des pratiques du pouvoir des différents gouvernements européens face aux défis sécuritaire et sanitaire permettra à la fois d'envisager cette convergence et les causes contextuelles et structurelles mais également de mettre en lumière des pratiques atypiques pouvant servir d'atténuation dans l'affirmation d'une convergence généralisée en Europe.

²³³ France, Royaume-Uni, Belgique, Italie, Espagne, Portugal, Pays-Bas, Grèce, Hongrie, Pologne, Lituanie, Roumanie, Allemagne, Suisse, Danemark, Pays nordiques (Suède, Finlande, Norvège), Union européenne.

²³⁴ L. Popravka, « Le volontarisme du Parlement européen en matière d'Etat de droit », Revue de l'Union européenne 2022, p. 249 ; J. Heurtaux, « Les révolutions conservatrices en Europe centrale. L'illusion d'une nouvelle « fin de l'histoire » ? », Revue de l'Union européenne 2022 p. 215 ; R. Mehdi, Heurs et malheurs de l'Etat de droit, l'Union européenne au défi d'une crise essentielle, Revue de l'Union européenne 2022 p. 240 etc.

²³⁵ Article 2 de la CESDH : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

²³⁶ F. Bouhon, A. Joustien, X. Miny, E. Slautsky, « L'Etat belge face à la pandémie de COVID-19 : esquisse d'un régime d'exception », Courrier hebdomadaire du CRISP, 2020/1 n° 2446, p. 5.

L'ensemble des États considérés dans cette étude ont fait le choix de la démocratie, de l'Etat de droit, du principe de la séparation des pouvoirs. Ils varient dans les applications de ces principes dans la structure des organes politiques qui se partagent le pouvoir politique et sa pratique. Tragiquement, notre époque se voit marquée par la multiplication régulière de crises. Des actes terroristes visant la mise à mal de la stabilité de nos institutions ou encore, des crises financières aux conséquences institutionnelles et plus récemment une crise sanitaire chamboulant nos certitudes. Comment expliquer que des institutions et régimes aux caractéristiques propres et différentes mènent à un résultat convergent ? Résultat commun, stimuli communs ? Les causes de ces renforcements convergents du pouvoir exécutif ont-elles une origine commune ? Dans tous les cas, le renforcement du pouvoir exécutif en Europe, se voit légitimé par la sûreté mais surtout par les atteintes qui lui sont portées.

La sûreté et ses atteintes s'entendent comme sûreté de l'Etat et donc atteintes à la sûreté de l'Etat. Plus précisément, l'évocation de la relation entre atteintes à la sûreté de l'Etat et le renforcement du pouvoir exécutif en Europe constitue le cœur de ces propos. Cette réflexion suivra alors deux mouvements. Tout d'abord, le premier mouvement consistera à appréhender l'établissement du lien entre la réalité de ce renforcement et l'utilisation de la sûreté comme justification (I). Puis, cela mènera à un second mouvement, dans cette réflexion, consistant à évoquer en quoi cela est-il problématique pour nos démocraties (II).

66

I. Le renforcement du pouvoir exécutif légitimé par les atteintes à la sûreté : une réalité européenne

Une tendance naturelle confortée

Le pouvoir exécutif en Europe se caractérise par ces tendances d'évolution. Le plus souvent des tendances de pratiques politiques, des pouvoirs politiques mais également des tendances d'évolution institutionnelles. Si les techniques ne sont pas forcément identiques puisqu'elles s'inscrivent dans une culture constitutionnelle et institutionnelle particulière, leurs objectifs de mise en place convergent²³⁷. Malgré ces variations, le renforcement se réalise dans l'ensemble de ces Etats. Cette pratique semble inévitable et liée structurellement à l'exécutif contemporain comme si les « *peuples suivent le même parcours, mais ils le font à leur rythme propre* »²³⁸. L'observation de ce phénomène étatique et l'analyse des lectures des études consacrées à chaque étape démontre ainsi la convergence du phénomène²³⁹. Reste à savoir si les symptômes de ce renforcement du pouvoir exécutif se réalisent de la même manière selon les Etats et en cela s'il y a également convergence. En effet, la question de l'existence d'une convergence européenne s'entend à deux niveaux, la convergence du renforcement et

²³⁷ En ce sens voir l'absence des monographies sur les Etats envisagés dans cette ambitieuse réflexion générale sur le pouvoir exécutif en Europe dirigé par les Pr. M. Morabito et G. Tusseau.

²³⁸ B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey, 2009, p. 285.

²³⁹ Cf. l'ensemble des monographies publiées dans l'ouvrage M. Morabito et G. Tusseau (dir.), *op. cit.*

la convergence d'une forme commune de renforcement. Force est de constater, pourtant, que le pouvoir exécutif dans les démocraties européennes ne se définit pas par sa forme. Preuve en est la cartographie de la structure des exécutifs européens qui montre l'absence de lien entre le renforcement des exécutifs et leur structure. Les Etats européens – au sens géographique – principalement parlementaires adaptent les principes de la collaboration des pouvoirs à leur histoire et culture constitutionnelle mais très souvent en faveur d'une variante présidentialisée²⁴⁰. Plusieurs schémas, caricaturaux il est vrai, de structure exécutive peuvent être identifiés.

- L'exécutif bicéphale hiérarchisé avec primauté du Premier ministre est le cas le plus répandu malgré des variantes de mise en œuvre comme en Italie et en Belgique.
- L'exécutif bicéphale dyarchique avec primauté du Président de la république ou encore du Roi en France ou en Espagne jusqu'à la formalisation de la présidentialisation du régime.
- L'exécutif collégial comme le cas de la Suisse assez remarquable par sa rareté et son fonctionnement.

Malgré ces variantes, une convergence entre ces États vers des symptômes identiques, existe : une recherche d'alternative aux mécanismes de la responsabilité politique classique à laquelle échappent en grande partie les exécutifs considérés. En effet, le symptôme le plus fort du renforcement de l'exécutif se révèle être l'affaiblissement de la responsabilité politique de l'organe exécutif. La tendance au renforcement du pouvoir exécutif serait, elle, naturelle. Tocqueville soutient ainsi qu'un « gouvernement démocratique accroît donc ses attributions par le seul fait qu'il dure. Le temps travaille pour lui (...) et l'on peut dire qu'il devient d'autant plus centralisé que la société démocratique est plus vieille »²⁴¹. Il serait naturel à tout gouvernement « de vouloir agrandir continuellement sa sphère »²⁴². Si c'est « expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »²⁴³, des facteurs stimulent une tendance naturelle à vouloir prendre le dessus sur l'autre pouvoir. La caractéristique commune aux Etats européens – au-delà de leurs différences structurelles – réside dans le rôle tenu par l'Etat.

Par principe « On gouverne toujours trop » - ou du moins, il faut toujours soupçonner qu'on gouverne trop »²⁴⁴. La critique²⁴⁵ doit accompagner alors la gouvernamentalité²⁴⁶. Foucault évoque à son tour qu'il va de soi que le gouvernement

²⁴⁰ A l'expression « régime semi-présidentiel » nous préférons celle de « parlementarisme à captation présidentielle » de A. le Divellec.

²⁴¹ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Chapitre III.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Montesquieu, Livre XI, chap. IV.

²⁴⁴ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 324.

²⁴⁵ Foucault définit la critique comme « une attitude, un geste consistant à se situer du côté des gouvernés et à se dresser contre les formes de gouvernement, un art de n'être pas tellement gouvernés ».

²⁴⁶ « La gouvernamentalité ne doit pas s'exercer sans une « critique », autrement plus radicale qu'une épreuve d'optimisation. Elle ne doit pas s'interroger seulement sur les meilleurs moyens d'atteindre ses effets (ou sur les moins coûteux), mais sur la possibilité et la légitimité même de son projet d'atteindre des effets », M. Foucault « qu'est-ce que la critique ? Critique et Aufklärung », Bulletin de la Société française de philosophie, 84ème année, avril-juin 1990, n° 2, p. 324.

soit excessif. Le défi de la démocratie serait alors de trouver « *comment ne pas trop gouverner* »²⁴⁷. La critique s'oriente ainsi vers « *l'excès du gouvernement* »²⁴⁸ car c'est de là que se mesure « *la rationalité de la pratique gouvernementale* »²⁴⁹. Pour certains, cet état de fait se justifie par « *l'idée de bonne gouvernance* »²⁵⁰ principalement. Dans la pratique, l'évolution des exécutifs résulteraient des « *défis de la mondialisation auxquels l'action des Etats doit trouver des réponses ; à l'émergence du niveau supranational dans l'exercice du pouvoir public ; à la complexité technique des affaires publiques à traiter ; aux nouvelles exigences de la communication politique, et à la transformation des partis politiques* »²⁵¹. Ce terreau favorable au déséquilibre des pouvoirs voit s'ajouter des circonstances propices au développement de ce qui d'abord n'était qu'une tendance. En fait, selon F. Zakaria, il serait surtout naturel qu'il y ait des problèmes de gouvernements, puisqu'il n'y a « *plus de solutions de rechange respectables à la démocratie (...) les problèmes de gouvernement seront des problèmes au sein même de la démocratie* »²⁵².

Une tendance actuelle : Les atteintes à la sûreté de l'Etat comme origine commune

Le pouvoir exécutif gérant l'exceptionnel et l'imprévisible²⁵³, rencontre ainsi, en sa faveur des circonstances propice au renforcement de sa place dans la balance déséquilibrée des pouvoirs comme dans tous les Etats évoqués. Les crises de nature financière, terroriste²⁵⁴ et sanitaire offrent une explication à la convergence du renforcement du pouvoir exécutif dans les Etats européens. Quel que soit l'Etat, quelle que soit la culture juridico-politique, le phénomène de renforcement existe confortant ainsi l'assertion "lockienne" d'une distinction entre un détenteur du pouvoir ordinaire et un autre qui serait extraordinaire. Dans sa théorisation de la séparation du pouvoir, et dans la lignée de Machiavel, il ne reconnaît pas dans le pouvoir exécutif un pouvoir dominé par le pouvoir législatif. Il y a alors une distinction selon la période considérée puisque le détenteur ordinaire serait le pouvoir législatif alors que le détenteur extraordinaire c'est-à-dire l'exécutif « *se tient toujours prêt à aller au-delà des règles ou contre elles* »²⁵⁵. Les temps extraordinaires tels que les temps de crise constituent alors des facteurs de renforcement du pouvoir exécutif.

Les temps de crise constituent en fait des temps d'atteintes à la sûreté institutionnelle²⁵⁶. La lecture de l'article 410-1 du code pénal donne une définition de

²⁴⁷ H. C. Mansfield, « Gouvernement représentatif et pouvoir exécutif », *op. cit.*, p. 665.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ P. Kruzslicz, « La responsabilité de l'exécutif en Hongrie. Spécificités constitutionnelles et évolutions pratiques », Monographie, M. Morabito et G. Tusseau, *op. cit.*

²⁵¹ *Ibid.*, p. 6.

²⁵² F. Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Revue Le Débat*, 1998-2, p. 26.

²⁵³ H. C. Mansfield, « Gouvernement représentatif et pouvoir exécutif », *op. cit.*, p. 664.

²⁵⁴ « les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », article 410-1 Code pénal : « *Les intérêts fondamentaux de la Nation s'entendent...de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel* ».

²⁵⁵ H. C. Mansfield, *op. cit.*, p. 668.

²⁵⁶ P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », *op. cit.*, p. 1085.

ce que sont les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation²⁵⁷. Pour certains, il s'agit alors ni plus ni moins que de l'atteinte à « l'essentiel de l'Etat, sans lequel celui-ci n'existerait pas (...) il s'agit de son être même »²⁵⁸ qui est concerné. Il ne faut pourtant pas confondre sûreté et sécurité. La sécurité constituerait un élément de la sûreté²⁵⁹. En clair, la sûreté passe par la sécurité : Ainsi, la sûreté institutionnelle se rencontre autant dans les barrières protégeant l'Elysée que dans la sécurité aux frontières assurant la sûreté de l'Etat. De plus, la sécurité passe également par la sûreté comme dans le cas de la sûreté nucléaire définie par la loi du 13 juin 2006²⁶⁰ comme une composante de la sécurité nucléaire. Ce cas est particulièrement intéressant car il met en lumière la corrélation entre la sûreté institutionnelle et la sécurité des personnes et des biens. Autrement dit « la déstabilisation de l'Etat se répercute sur la sécurité de ses ressortissants »²⁶¹. La sûreté institutionnelle permet la sécurité des personnes. En revanche, l'ambivalence de la notion de sûreté institutionnelle se précise ici, puisque la sûreté constitue un obstacle à la sécurité des personnes et cela par l'adoption de mesures allant à l'encontre de la sécurité des individus.

La crise financière constitue la crise originelle du renforcement contemporain du pouvoir exécutif. En revanche, les dernières crises financières (2005, 2008 etc jusqu'à la crise économique actuelle due à la crise sanitaire) établissent un nouvel échelon dans la formalisation de ce renforcement du pouvoir exécutif. L'Etat bousculé par les événements et l'ampleur internationale des crises se trouve sollicité malgré le retrait progressif de l'action publique classique²⁶². La gestion de crise financière se pérennise du fait de la régularité des retours de crise. La crise devient une situation attendue et l'Etat revoit son rôle et sa place dans la sphère économique. Une fois de plus le pouvoir exécutif s'arrange de la situation et voit son accroissement justifié²⁶³ tout en privilégiant la régulation²⁶⁴. S'il qualifie une forme de crise, le terrorisme²⁶⁵ ne se définit pas comme tel. Les actes terroristes se définissent en France comme « des infractions en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler

²⁵⁷ « Les intérêts fondamentaux de la Nation s'entendent... de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel », Art- 410-1 Code pénal.

²⁵⁸ P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », *op. cit.*, p. 1085.

²⁵⁹ « Pour certains auteurs, la sûreté englobe la sécurité (25) : la première n'est pas seulement assurée, par la seconde, la seconde fait partie de la première ; la sécurité est dans la sûreté. Même les auteurs qui retiennent une conception plus stricte de la sûreté (26) soulignent l'extension de la notion dans un sens englobant au moins certains aspects de la sécurité : à cet égard encore, la sécurité fait partie de la sûreté. Si l'on considère que sécurité et sûreté ne se confondent pas, chacune ayant son autonomie, on doit au moins reconnaître qu'elles convergent, se rencontrent, voire se renforcent. Cela peut jouer dans les deux sens. La sûreté peut être assurée par la sécurité ou l'inverse. », P. Delvolvé, *ibid.*, p. 1093.

²⁶⁰ JORF, n° 0136 du 14/06/2006.

²⁶¹ P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 1094.

²⁶² Voir pour un développement de cette idée J.-H. Lorenzi (dir.), *Qui capture l'Etat ?* PUF, Cahier du cercle des économistes, 2012, not. J.-P. Pollin, « L'Etat dépossédé » pp. 11-18. Thesmar, « Réinventer l'action publique » pp. 81-85 ; B. Jacquillat « Faut-il renforcer l'Etat-providence ? » pp. 87-89 ;

²⁶³ R. Ricol, *Rapport sur la crise financière, Mission confiée par le Président de la République française*, Septembre 2008. https://sif.wp.imtbs-tsp.eu/files/2017/06/rapport-Pour-Pdt-FRANCE_2008-Crise-Financiere.pdf

²⁶⁴ S. Hamdouni, « La crise financière et l'état de droit. Quelles évolutions au regard du dispositif des sommets du groupe des vingt pays industrialisés et émergents, le G20 », *Revue Etudes internationales*, Volume 41, n° 2, 2010, pp. 205-231.

²⁶⁵ M. Buhot de Launay, « Terrorisme et Démocratie », *Revue Commentaire*, 1986/1, n° 33, pp.170 à 172.

gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »²⁶⁶. Pour autant, il déclenche une atteinte à la sûreté institutionnelle, une « crise sécuritaire » par le risque qu'il constitue et « une crise institutionnelle » bien souvent. En effet, lorsque l'on envisage les répercussions de la gestion du risque terroriste et les conséquences de l'acte terroriste par la mise en œuvre des régimes d'états d'urgence qui permettent au pouvoir exécutif de concentrer une capacité exceptionnelle d'action. La particularité du terrorisme contemporain réside dans son caractère global. Ses impacts sur les institutions et plus généralement sur la démocratie n'en sont que plus forts. En effet, « *s'il frappe indistinctement tous les régimes, le terrorisme global porte néanmoins aux démocraties un préjudice particulier en raison du lien entre le pouvoir et le peuple qui fonde ces régimes* »²⁶⁷. Contrairement à l'attentat du terrorisme territorialisé, celui du terrorisme global a pour objectif de « *faire plier le peuple pour qu'il renonce lui-même à ses libertés et qu'il se précipite dans les bras du pouvoir* »²⁶⁸. Dans le cadre d'un climat social alourdi par les attentats terroristes, l'impératif sécuritaire prend le pas sur tous les autres. L'équilibre entre le principe de liberté quintessence des démocraties et l'impératif sécuritaire bascule du côté de la restriction des libertés²⁶⁹. L'enjeu de la concentration de la capacité d'action dans les mains du pouvoir exécutif sans contre-pouvoir, sans rendre de compte réside dans l'excès de gouvernement pouvant faire basculer la démocratie en régime autoritaire. La première préoccupation est bien celle-ci. La séparation des pouvoirs a ce premier objectif d'instaurer et de garantir un équilibre des pouvoirs pour éviter une concentration de la capacité d'action en un seul organe sans contrôle par les autres organes, sans sanction. L'équilibre premier entre sécurité et liberté à la base du rôle de l'Etat en démocratie. Mais l'impératif sécuritaire prend le dessus en cas de situation terroriste en particulier en cas de terrorisme global. L'Etat se trouve de nouveau sur le devant de la scène malgré lui et le pouvoir exécutif devient le leader de l'action immédiate²⁷⁰. Ainsi, l'accroissement du rôle de l'Etat face au défi sécuritaire « *entraîne le déplacement des équilibres de pouvoir : il conduit au renforcement du poids de l'Exécutif, seul capable d'évaluer l'importance des menaces et de concevoir une stratégie cohérente pour y faire face, et à l'affaiblissement corrélatif du Parlement* »²⁷¹.

La particularité de la crise sanitaire mondiale que nous traversons doit s'envisager dans la pérennisation d'une utilisation excessive des pouvoirs renforcés des exécutifs. Si l'institutionnalisation progressive d'une pratique en faveur du pouvoir exécutif constitue la meilleure manière de pérenniser cet état de fait, la crise sécuritaire - encore une fois - qui en découle mène à une pratique encore plus violente envers les autres pouvoirs et spécialement le pouvoir législatif car elle bénéficie d'une légitimation dans l'action concertée au national mais également à l'international. En

²⁶⁶ art. 1 de la loi n° 86-1020 du 9 sept.1986.

²⁶⁷ A. Grapon et M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, PUF, 2016, p. 155.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 155.

²⁶⁹ « L'état de stress provoqué par le terrorisme global porte des coups de butoir aux piliers constitutionnels réglés sur les temps ordinaires », A. Grapon et M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, PUF, 2016, p. 177.

²⁷⁰ Après tout, la « *sécurité est au principe même de l'institution de l'Etat : la fonction première de l'Etat est de préserver l'existence du corps social par imposition d'un ordre collectif et d'assurer la protection des personnes et des biens contre les menaces de toute nature* », J. Chevallier, « L'Etat de droit au défi de l'Etat sécuritaire » in *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*. Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 306.

²⁷¹ L'auteur continue « *il contribue aussi à accroître la marge d'autonomie dont disposent les services en charge de la sécurité, au risque de favoriser un ensemble de dérives et un recours excessif à la force* », J. Chevallier, *ibid.*, p. 306.

effet, les relations entre les Etats et les organisations internationales – l’OMS en particulier – ont bénéficié aux exécutifs nationaux. Les Etats prévoient dans leurs textes fondamentaux un recours à l’action rapide et efficace d’un exécutif aux manœuvres détenteur de pouvoirs de crise avec plus ou moins de limites, de contraintes. Pourtant, la crise sanitaire profonde a permis de dépasser le cadre prévisible pour passer à des pratiques de gouvernance performantes en défaveur du législatif dans ses fonctions législative et de contrôle. Bien loin d’être une exception, la crise sanitaire a permis aux Etats d’adapter les législations pour pallier les lacunes des textes en vigueur. Pourtant, comme le relève le Conseil de l’Europe, « *ces mesures spéciales ont été prises même lorsque des dispositions juridiques et des mécanismes de coordination spécifiques existaient déjà pour faire face à des situations de crise sanitaire, par exemple (...). [Parfois encore], le cadre existant prévoyait déjà des possibilités d’action suffisantes en cas d’urgence, comme une loi sur la protection civile* »²⁷². La pertinence de la décision politique devrait donner lieu à la mise en jeu des responsabilités politiques quel que soit la forme, une fois la période de crise dépassée ou du moins maîtrisée.

En France, l’hyperactivité d’un conseil de défense²⁷³ face à un parlement exclu applique le principe de l’efficacité gouvernementale au détriment de celui de la démocratie. Cette hyperactivité à huit clos bénéficie, qui plus est, du secret défense pour tenir à l’écart tout contrôle parlementaire immédiat. Ainsi, la création du Conseil scientifique en mars 2020 et du Comité analyse recherche et expertise (CARE) avaient pour vocation d’éclairer et aider le Président de la République à prendre les décisions politiques nécessaires à la gestion de la crise sanitaire. Cela a constitué un virage dans le processus décisionnel²⁷⁴, le Parlement²⁷⁵ écarté de la création normative a vu s’ériger « *la science au rang de la source normative* »²⁷⁶. En Italie, la situation sanitaire catastrophique²⁷⁷ a mis à mal l’exercice du contrôle parlementaire. Hormis les questions d’ordre sanitaire et économique, le Parlement n’a pas pu remplir ses fonctions et en particulier celle relative au contrôle de l’action gouvernementale. En période de crise sanitaire et de renforcement des pouvoirs de l’organe exécutif, cela est plus que regrettable. Ainsi, c’est la crise sanitaire actuelle qui a fait apparaître cette difficulté démocratique puisqu’il « *ne peut en effet pas être effectué correctement car les*

²⁷² Conseil de l’Europe, *Rapport sur la gouvernance démocratique et COVID-19*, CDDG (2020) 20, Editions du Conseil de l’Europe, p. 11. <https://rm.coe.int/cddg-2020-20f-final-rapport-sur-la-gouvernance-democratique-et-covid-1/1680a0beec>

²⁷³ T. Desmoulin, « La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, n° 25.

²⁷⁴ E. Lemaire, « Carence du contrôle parlementaire et contrôle politique par les experts. A propos de la mission d’évaluation de l’exécutif sur la gestion de la crise due au Covid-19 », <https://blog.juspoliticum.com/2021/11/09/carence-du-controle-parlementaire-et-controle-politique-par-les-experts-a-propos-de-la-mission-devaluation-de-lexecutif-sur-la-gestion-de-la-crise-due-au-covid-19-par-elina-lemair/>

²⁷⁵ Pour une analyse exhaustive du travail des Parlements européens dans la crise sanitaire voir E. Cartier, B. Ridard, G. Toulemonde (Dir.), *L’impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Publication de la Fondation Robert Schuman, Etude, 2020.

²⁷⁶ A. Viala, « L’épistocratie : proposition de définition », in A. Viala, *Demain, l’épistocratie ?* Mare & Martin, Le sens de la science, 2022, p. 23.

²⁷⁷ Autant de morts qu’en 1944.

commissions ont en réalité peu travaillé en dehors des questions relatives à la pandémie »²⁷⁸ sanitaires et économiques. Une réflexion a été menée pour dévier un tel problème menaçant la démocratie. Le projet de loi Pagano n° 1834 souhaite réintégrer le rôle du Parlement dans le cadre du contrôle de l'action gouvernementale en cas de période trouble²⁷⁹.

Selon le Conseil de l'Europe si les mesures d'urgence sanitaires justifient l'octroi de pouvoirs exceptionnels au pouvoir exécutif, il n'en reste pas moins qu'elles sont conditionnées « par le respect des principes de légalité, de nécessité, de proportionnalité et de durée limitée »²⁸⁰. Par ailleurs, le contrôle parlementaire constitue une des conditions indispensables au renforcement légitime et démocratique du pouvoir exécutif. Le Conseil recommande ainsi que « les parlements sont appelés à recevoir de l'exécutif des compte-rendu des mesures prises ainsi que des informations sur l'évolution de la situation, afin d'étendre si nécessaire l'applicabilité des mesures spéciales »²⁸¹. Face à ces exemples de gestion de crise dans ces Etats, les organisations, en effet, ne sont pas en reste dans ce phénomène. Le rôle accru de l'OMS en particulier dans la gestion de cette syndémie²⁸² a mis en perspective sa relation avec les membres de la communauté internationale. Les rapports entre l'organisation internationale et les exécutifs des pays du monde entier démontrent une fois de plus qu'en cas de situation de crise l'organe exécutif prend une place particulière²⁸³. La Commission de Venise reste par ailleurs, vigilante concernant l'équilibre entre réglementation et garantie de l'Etat de droit par ses Etats-membres²⁸⁴. Ainsi, les efforts des organisations internationales et régionales pour interpellier et alerter les Etats nourrissent l'idée d'une tendance naturelle des organes exécutifs à renforcer leurs pouvoirs en particulier en temps de crise. Leurs interventions confortent également cette tendance naturelle puisqu'elles relèguent les Parlements nationaux au second plan. Par ailleurs, la structure institutionnelle de l'UE

²⁷⁸ I. Ciolli et M. Luciani, « Le Parlement italien dans la pandémie a eu du mal à maintenir sa centralité vis-à-vis du gouvernement et des régions », in *Le Parlement italien au temps du coronavirus. Italien*, Etudes, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 74.

²⁷⁹ « Ce projet de loi vise à établir une commission parlementaire bicamérale composée de dix sénateurs et dix députés afin de respecter la proportion des groupes élus dans les chambres ; la présidence de la commission devrait être confiée à un membre de la minorité pour assurer sa participation. Les tâches de la Commission seraient celles d'exercer des contrôles sur le pouvoir exécutif et d'exprimer des avis contraignants (ou non contraignants, comme le préfèrent certains universitaires) sur les actes du gouvernement (y compris les décrets du Premier ministre) concernant les mesures à prendre pour contenir et combattre la propagation de Covid-19 dans un délai déterminé. La Commission pourrait demander à auditionner le Premier ministre ou un ministre délégué par lui », I. Ciolli et M. Luciani, « Le Parlement italien dans la pandémie a eu du mal à maintenir sa centralité vis-à-vis du gouvernement et des régions », in *Le Parlement italien au temps du coronavirus. Italien*, Etudes, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 74.

²⁸⁰ Conseil de l'Europe, *Rapport sur la gouvernance démocratique et COVID-19*, Editions du Conseil de l'Europe, 2020, p. 11.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² « Le COVID-19 est bien plus qu'une pandémie, c'est un phénomène global, répondant aux critères de définition d'une syndémie, (...), c'est-à-dire avec des interactions biologiques et sociales telles que la mise au point d'un vaccin ou d'un traitement ne peut suffire à son contrôle », F. Dabis, « L'organisation mondiale de la santé (OMS) à l'ère de la pandémie de Covid-19 », in *COVID-19, Géopolitique d'une pandémie*, Hérodote, Revue de géographie et de géopolitique, La Découverte, n°183, 4^{ème} trimestre 2021, p. 19.

²⁸³ H. Qazbir, « L'OMS et les exécutifs nationaux dans la gestion de la crise sanitaire », in *Actes du colloque de l'OPEE*, Université de Bordeaux, publication à venir.

²⁸⁴ Commission de Venise, *Rapport intérimaire sur les mesures prises dans les Etats membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur impact sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux*, CDL-AD (2020)018, 8 et 9 octobre 2020. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD \(2020\)018-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD (2020)018-f)

reprend les structures institutionnelles nationales avec leurs travers concernant les lacunes en matière de responsabilité notamment²⁸⁵.

II. Une légitimation par la sûreté, dangereuse au regard des tendances d'évolution de la démocratie en Europe

Le renforcement du pouvoir exécutif pour raisons de sûreté constitue un facteur d'évolution de régime politique car, ce phénomène s'installe dans le temps. Les périodes d'exceptions s'étalent dans le temps et tendent à normaliser un déséquilibre des pouvoirs dangereux pour le caractère démocratique des régimes concernés. Peut-être vers un classique « régime de police » qui ne dit pas son nom. Le renforcement justifié par les atteintes à la sûreté, par les crises en découlant constitue une source dangereuse de déficit démocratique. Cela rend en effet acceptable des évolutions inquiétantes de la Démocratie. D'un côté, l'épistocratie rendue acceptable par le remplacement de la légitimité démocratique, celle du peuple, par la légitimité de l'expert intégré dans le processus de la décision publique. D'un autre côté, le domaine de la sûreté justifie l'émotion et la diabolisation des causes supposées ou réelles des atteintes à la sûreté de l'Etat, des individus, justifiant cette fois-ci la remise en question de l'Etat de droit, au nom de l'indépassable expression de la volonté générale.

En Europe occidentale, les « *peuples suivent le même parcours, mais ils le font à leur rythme propre* »²⁸⁶. Cela ferait du renforcement du pouvoir de l'exécutif, un phénomène inévitable dans l'évolution des démocraties libérales européennes. La convergence serait alors une conséquence de cette irrésistible évolution. La réflexion autour d'une convergence européenne mène, en effet, à s'interroger sur « *la corrélation entre les transformations de l'Etat et l'évolution correspondante de la démocratie* »²⁸⁷. A un même résultat, une origine commune constitue l'élément principal d'une convergence. En l'occurrence, il apparaît deux tendances dans l'observation de l'évolution des régimes politiques en Europe occidentale : le besoin d'efficacité ainsi que la tendance à la personnalisation du pouvoir. Ces deux éléments constituent « *les deux raisons principales de la tendance de l'Exécutif dans les Etats démocratiques* »²⁸⁸ et ainsi le point commun entre les Etats considérés – exceptée la Suisse – dans le renforcement excessif du pouvoir exécutif. Dans le système politique suisse, « *l'exigence d'efficacité s'impose comme principe constitutionnel au niveau fédéral ainsi que dans certains cantons* »²⁸⁹. L'exigence d'efficacité, syndrome de l'évolution du libéralisme s'étend également dans

²⁸⁵ « *The development of European integration has strengthened member states' executives at the expense of parliaments, and central executives in relation to local and regional authorities. However, this strengthening has been accompanied by a blurring of the lines of accountability* », J. Ziller, « Political accountability and role splitting of the executive in EU member states. Monographie », in M. Morabito et G. Tusseau (dir.), XXX, p. 1.

²⁸⁶ B. Chantebout, *op. cit.*, p. 285.

²⁸⁷ J.-F. Thuot, « Déclin de l'Etat et formes postmodernes de la démocratie », *Revue québécoise de science politique*, n° 26, automne 1994, p. 75.

²⁸⁸ B. Chantebout, *op. cit.*, p. 285.

²⁸⁹ « *La Constitution fédérale du 18 avril 1999 précise ainsi dorénavant que « L'assemblée Fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation » (art.170 Cst.)* », A. Flückiger, *L'essor des actes étatiques incitateurs*, Leges, 2001, p. 48.

les missions de l'Etat jusqu'à transformer l'Etat en État disruptif voire réflexif. Le constat du passage de l'État providence à l'État propulsif puis réflexif se concrétise dans l'évolution du pouvoir exécutif. Une exigence d'efficacité s'insinue dans les fonctions de l'Etat jusqu'à influencer toutes ses actions. Ce constat ne date pas d'aujourd'hui, mais les dernières crises apportent des justifications, des légitimations aux conséquences de cette évolution de l'État, c'est-à-dire, d'un renforcement des moyens des exécutifs. L'efficacité, objectif ultime des politiques publiques, à valeur constitutionnelle parfois, caractérise la nouvelle action étatique. La conception actuelle de l'Etat²⁹⁰, son rôle, ses fonctions constituent ainsi, un terreau, un *stimulus* de ce renforcement de l'exécutif. Le néolibéralisme porte en lui les rouages du renforcement du pouvoir exécutif/gouvernemental puisque par définition le « *gouvernement néolibéral a à intervenir (..) sur cette société pour que les mécanismes concurrentiels, à chaque instant et en chaque point de l'épaisseur sociale, puissent jouer le rôle de régulateur* »²⁹¹. En cela, le libéralisme met en place les « *méthodes de transaction propres à définir la limitation des pratiques de gouvernement : - constitution, parlement - opinion, presse - commissions, enquêtes* »²⁹². Dans le cadre de la réflexion menée ici comme « *une pratique gouvernementale qui ne se construit pas uniquement à travers une production de libertés aux sujets mais elle est aussi consommatrice de libertés* ». Cette posture de l'Etat – « *la pratique gouvernementale* » – mène donc par nature à la consommation de libertés »²⁹³. Il s'agit ici de la théorie foucauldienne « *je (le libéralisme) vais te produire de quoi être libre. Je vais faire en sorte que tu sois libre d'être libre* »²⁹⁴. Le premier conflit réside entre la rationalité libérale et la raison d'Etat. Le principe d'efficacité qui prime aujourd'hui dans la vie politique européenne découlerait de la raison gouvernementale remplaçant la raison d'Etat. Cette dernière justifiait une gouvernementalité²⁹⁵ ayant pour but de « *faire en sorte que l'État puisse être rendu solide et permanent, qu'il puisse être rendu riche, qu'il puisse être rendu fort en face de tout ce qui peut le détruire* »²⁹⁶. C'est en effet, l'évolution de l'État de ses missions, de sa conception même qui entraîna l'évolution des organes politiques et leur équilibre. Le lien entre la convergence européenne de renforcement du pouvoir exécutif et l'évolution des missions de l'Etat du fait du libéralisme trouve sa conceptualisation dans ce que recouvre l'Etat propulsif ²⁹⁷ notamment. Ce concept s'inscrit dans une appréhension néo-moderne et non post-moderne car pour les tenants de cette théorie il s'agit d'une « *une phase de mutation décisive, mais plus qu'à sa déconstruction, c'est à sa radicalisation ou à son exacerbation* »²⁹⁸ à laquelle nous assistons. L'Etat fait face à des exigences modifiant son essence même depuis l'application du

²⁹⁰ Pour une analyse des missions de l'Etat « moderne » voir P. Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*, Guillaume et Cie, Editeurs du journal des économistes, Paris, 1900, not p. 2 et s.

²⁹¹ M. Foucault, *op. cit.*, p. 235.

²⁹² M. Foucault, *op. cit.*, p. 23.

²⁹³ Fatou Ba Sene, « Le libéralisme comme technologie de gouvernementalité », RIEJ, 2017.79, p. 121

²⁹⁴ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard, 2004, p. 65.

²⁹⁵ Pour une analyse de la gouvernementalité chez Foucault voir J.-A. Mazères, « Normativité, vérité, gouvernementalité : figures du juridiques chez Michel Foucault », RIEJ, 2017, 79, p. 67 et s.

²⁹⁶ M. Foucault, *op. cit.* p. 6.

²⁹⁷ P. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 17. « *Il convient maintenant, aux yeux des sages du jour et aux yeux de la foule, que l'Etat soit « propulsif »* » ; Voir également Ch.-A. Morand (dir.), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, 1991.

²⁹⁸ J. Caillousse, « Quand l'analyse des politiques publiques se déplace côté « droit » », Droit et Société 42/43-1999, p. 511.

libéralisme institutionnel. L'Etat propulsif résulte de ces exigences qui ne se satisfont plus de ce que l'Etat « *soit le gouvernail ; on veut encore qu'il devienne l'hélice* »²⁹⁹.

Au final, un retour de manivelle s'opère. L'Etat s'est institutionnalisé et renforcé au détriment de l'oligarchie dominante l'ayant créé comme outil de son propre pouvoir. Ils se voient liées l'un à l'autre dans une sorte d'interdépendance. L'Etat associé à cette oligarchie « *se renforce lui-même. En la combattant, il s'affaiblit* »³⁰⁰. Aujourd'hui, la théorie de l'épistocratie apporte une description juste de l'évolution de cette relation entre pouvoir politique et l'oligarchie moderne constituée par les experts.

Les atteintes à la sûreté comme facteur de légitimation de l'épistocratie

L'expertise régulièrement avancée pour justifier un circuit court de la prise décision puisqu'il y a une réelle « *complexité technique des affaires publiques à traiter* »³⁰¹. Elle rend nécessaire un gouvernement n'ayant plus « *pour mission la mise en œuvre de la volonté générale* »³⁰² mais désormais, un rôle de dirigeant politique ne rendant que très peu de compte. Cette idée de la complexité des affaires publiques pose le principe du recours à l'expert. Il peut être expert politique, l'élu prend des décisions sans avoir recours à la nation voire même à ses représentants parlementaires car la complexité de l'affaire et souvent son urgence l'exigent. Il peut être expert privé. L'élu dépassé par la technicité d'une question fait alors appel à des groupes d'experts. Tout l'intérêt consiste à offrir à la décision politique finale la légitimité de l'expertise. Au premier abord, l'idée du recours à l'expert notamment en période de crise sanitaire semble justifiée. Le choc, la nouveauté de la situation, l'absence de connaissances etc. constituent des facteurs pouvant mener à la prise de mauvaises décisions politiques. Le recours à l'expert sonne comme une forme d'humilité du dirigeant face à la situation, même si reconnaissons qu'il « *ne saurait y avoir de décision politique objective au sens scientifique du terme* »³⁰³. Ainsi, le recours à des experts, des techniciens à ses avantages traduit « *un effort de rationalité et une préoccupation de rendement qui sont facteurs d'amélioration de la gestion* »³⁰⁴. Plusieurs difficultés s'imposent pourtant.

75

²⁹⁹ P. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 17.

³⁰⁰ « *Dans les Etats démocratiques, où les gouvernants sont soumis au contrôle populaire par la voie des élections périodiques, leur rôle est de concilier son projet d'organisation sociale avec les aspirations populaires. Mais toutes les expériences sociales-démocrates - dont celle de la France au cours des années 1980 - démontrent qu'ils ne peuvent pas s'écarter durablement de ce projet* », B. Chantebout, *op. cit.*, p. 17-18.

³⁰¹ P. Kruzslicz, « La responsabilité de l'exécutif en Hongrie. Spécificités constitutionnelles et évolutions pratiques », Monographie in M. Morabito et G. Tusseau, Tome 1, 2024, *op. cit.*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ J. Freund, *L'essence de la politique*, Éditions Sirey, « Philosophie politique », 1965, p. 56.

³⁰⁴ J. Meynaud, *Technocratie : Mythe ou réalité ?*, Payot, Paris, Bibliothèque politique et économique, 1963, p. 10. L'auteur continue ainsi : « *La documentation technique offre à qui veut s'en servir une base pour organiser la résistance aux revendications unilatérales des groupes de pression ainsi qu'aux emballements inconsidérés de l'opinion. Au total, cette manière d'aborder les problèmes, inséparables du développement scientifique, s'insère dans le grand mouvement, qui, à notre époque, tente d'aménager la vie sociale dans un sens plus conforme aux besoins de l'homme. Le raisonnement technique, facteur d'objectivité et d'impartialité, est indispensable sinon toujours pour le choix des objectifs (rôle de l'idéologie) du moins pour le calcul et la mise en œuvre des priorités dont la sélection commande le devenir social* »,

Premièrement, si le recours à l'expert s'entend, le recours à l'expert privé interroge. Les structures publiques de recherches par exemple sont là pour éclairer l'Etat, son organe exécutif, pour prendre ensuite la « bonne » décision politique. On assiste cependant à un démantèlement de ces structures depuis plusieurs années³⁰⁵ pour privilégier le recours aux structures privées. L'argument de l'absence de ressources publiques pour traiter de la question ne tient alors pas. La question de la bonne utilisation de l'argent public et celle de la confiance dans la recherche de la France se posent sérieusement. Que dire d'un Etat qui n'a pas confiance dans ses propres universités et autres sources d'expertise ? Plus généralement le travail des parlementaires consiste dans sa mission d'évaluation et sa fonction législative, à produire des rapports analysant une question relevant de leur compétence pour éclairer les membres du Parlement, les citoyens et pourquoi pas les membres du gouvernement. Le principe originel de la séparation souple des pouvoirs est toujours celui de la collaboration. Le comportement du pouvoir exécutif ici dévalorise ce travail essentiel de l'organe législatif³⁰⁶. Par ailleurs, l'organe exécutif au-delà du recours à des organismes privés sur des questions d'Etat, établi le recours à des comités et conseils spécialisés³⁰⁷ présidés par des spécialistes, écartant tout débat avec le Parlement. Le cas italien et la réaction par la loi Pagano³⁰⁸ s'inscrit ainsi dans une démarche proche de la survie *compte tenu de la manière dont a fonctionné et fonctionne encore l'institution la plus démocratique de notre ordre constitutionnel. Cela implique de répondre à certaines questions concernant le rôle des institutions parlementaires pendant la pandémie* »³⁰⁹.

76

Ensuite, l'opacité entourant le recours à ces cabinets d'expertises, des groupes d'intérêt privés et surtout le moment auquel ils interviennent introduisent une forme de suspicion dans la décision finale elle-même. Tout le travail des dernières décennies pour plus de transparence³¹⁰, notamment pour mettre fin aux conflits d'intérêts possible, est mis à mal. Par ailleurs, en toute logique, l'action des experts a un effet plus ou moins important sur la prise de décision sans pour autant être soumis à une quelconque responsabilité politique³¹¹.

³⁰⁵ https://www.liberation.fr/france/2020/03/04/un-projet-de-loi-contre-l-avis-de-la-recherche_1780608/

³⁰⁶ E. Lemaire, « Carence du contrôle parlementaire et contrôle politique par les experts. A propos de la mission d'évaluation de l'exécutif sur la gestion de la crise due au Covid-19 », <https://blog.juspoliticum.com/2021/11/09/carence-du-contrôle-parlementaire-et-contrôle-politique-par-les-experts-a-propos-de-la-mission-devaluation-de-l-executif-sur-la-gestion-de-la-crise-due-au-covid-19-par-elina-lemai/>

³⁰⁷ T. Desmoulin, « La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, n° 25, p. 221-255.
<http://juspoliticum.com/article/La-formalisation-du-presidentialisme-sous-la-Cinquieme-Republique-le-Conseil-de-defense-et-de-securite-nationale-1375.html>

³⁰⁸ « Un projet de loi, en discussion à la Camera dei deputati (Chambre basse), a été déposé pour créer une Commission parlementaire ayant des pouvoirs spéciaux de contrôle et de décision, visant à contrebalancer la force croissante du pouvoir exécutif. », I. Ciolli et M. Luciani, « Le Parlement italien dans la pandémie a eu du mal à maintenir sa centralité vis-à-vis du gouvernement et des régions », *op.cit.*, p. 72.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Voir l'ensemble des lois adoptées en France en faveur de la transparence de la vie politique.

³¹¹ Sur la question du rôle de l'expert dans la prise de décision au regard de la question de sa responsabilité, voir J. Meynaud, « Les techniciens et le pouvoir », *Revue française de science politique*, 7^e année, n°1, 1957, pp. 5-37, not. p. 7 et s.

Ces questionnements nous mènent à l'évocation de concepts dont la place grandissante interroge sur l'évolution même de la démocratie en Europe continentale : la technocratie³¹² et l'épistocratie. Dans le contexte qui nous intéresse, la technocratie se caractérise par « le défaut de légitimité démocratique du pouvoir en mettant en lumière, en amont de la fabrique des normes, la primauté d'organes non élus sur les institutions classiques et représentatives du système politique »³¹³. On retrouve dans la technocratie « le culte de l'efficacité qui traduit le souci d'obtenir le maximum de résultats pour le minimum d'effort »³¹⁴ et mène à « la remise au technicien d'un certain empire sur les affaires collectives »³¹⁵. C'est bien là que réside les problèmes de la notion de technocratie, tout d'abord, la légitimité du *technicien* dans la prise de décision dans les affaires collectives. Ensuite, le temps de la décision, le temps du débat constituent des éléments à corriger. Le technicien est là pour accélérer le temps démocratique. Cette accélération se retrouve dans l'urgence évoquée précédemment mais également dans l'hyperactivité des exécutifs. Pourtant, cette idée d'efficacité semble être un leurre plus qu'un réel objectif. L'aspect contestable de la technocratie au regard de la démocratie réside bien là : l'efficacité ne constitue pas l'avantage de la technocratie mais « l'absence ou l'insuffisance du contrôle effectué sur les opérations par les représentants élus »³¹⁶ l'est !

L'épistocratie se différencie de la technocratie en ce qu'en plus de ce qui caractérise la technocratie, elle se pare du savoir et de l'expertise – « *qu'instrument du processus normatif* »³¹⁷ – pour que « *ce système post-démocratique [puisse] combler un tel déficit de légitimité* »³¹⁸. Ce néologisme anglo saxon renvoie « à l'idée d'un pouvoir (*cratos*) exercé par les détenteurs du savoir scientifique (*épistème*) »³¹⁹. Le savoir scientifique se présente alors comme la vérité résultant de la rationalité revendiquée dans la prise de décision politique. L'épistocratie est liée au renforcement du pouvoir exécutif. L'épistocratie en tant que « gouvernance post-politique » en constitue même un vecteur car elle « offre au pouvoir exécutif un avantage certain par rapport au pouvoir législatif qui incarne, à travers la délibération parlementaire et les rapports de force partisans qui le caractérisent, le vieux monde politique »³²⁰. En cela, l'épistocratie n'incarne pas qu'une simple variante d'un régime démocratique mais un régime politique distinct. Démocratie et épistocratie s'oppose même puisque la première repose sur l'opinion quand la seconde combat l'opinion par le savoir³²¹. Dans sa forme la plus absolue, elle

³¹² Cf. J. Rivero, « La technocratie : mythe, épouvantail ou panacée ? », *Annales de l'Université de Poitiers*, 1962, p. 3 s.

³¹³ A. Viala, « L'épistocratie : proposition de définition », in A. Viala, *Demain, l'épistocratie ?* Mare & Martin, Le sens de la science, 2022, p. 17.

³¹⁴ J. Meynaud, *Technocratie : Mythe ou réalité ?* Payot, Paris, Bibliothèque politique et économique, 1963, p. 8.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ L'auteur explique « En réalité, la consolidation du pouvoir technocratique aurait pour ultime résultat de concéder aux techniciens, qui n'ont pas de comptes à rendre aux citoyens, la charge de faire la politique du pays. Maintenu de manière nominale, l'autorité attribuée au personnel politique serait partiellement privée de sa substance », J. Meynaud, *Technocratie : Mythe ou réalité ?* Payot, Paris, Bibliothèque politique et économique, 1963, p. 10.

³¹⁷ A. Viala, *op. cit.*, p.18.

³¹⁸ *Ibid.*, p.17.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 20.

³²⁰ *Ibid.*, p. 23.

³²¹ « Dans l'absolu, l'épistocratie est donc une forme d'aristocratie intellectuelle et s'oppose au concept de démocratie car elle exclut la nécessité d'en recourir au peuple pour faire les lois », *Ibid.*, p. 20.

peut être même qualifiée d'une « *forme d'élitisme anti-démocratique* »³²². En revanche, son application ne se fait jamais de manière complète ni dans les textes ni dans la pratique car quel que soit l'État considéré, des élections existent et aucun texte fondamental n'établit de régime épistocratique.

Les atteintes à la sûreté sources de remise en cause de l'état de droit : De l'illibéralisme démocratique européen

Il existe bien des différences entre les États, même si celles-ci se mesurent bien plus en intensité de renforcement du pouvoir exécutif ou encore de l'existence ou non de réels mécanismes de contrepoids. Les cas de la Hongrie et de la Pologne prouvent qu'au-delà du terreau favorable et des facteurs d'accroissement de la capacité d'action de l'organe exécutif, le contexte national, la culture constitutionnelle et historique intensifient plus ou moins cette situation juridico-politique. La radicalité de l'évolution des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif est probante. En effet, l'évolution hongroise mène à ce que « *le Gouvernement [qui] avait pour mission la mise en œuvre de la volonté générale [voit] désormais son rôle politique (...) consacré dans le libellé constitutionnel sans que de nouvelles garanties soient développées pour maintenir l'équilibre* »³²³. Plusieurs pays européens concernés par le renforcement du pouvoir exécutif (Pologne, Roumanie, Hongrie) voient les débats renvoyés à l'illibéralisme. La théorie de la démocratie « illibérale » justifiant notamment les contraintes des mécanismes constitutionnels limitant l'organe exécutif, inquiète³²⁴. Elle remet en question le principe de la séparation des pouvoirs et distingue le libéralisme constitutionnel de la démocratie. Là où le premier « *se soucie de limiter les pouvoirs* », la seconde « *concerne son accumulation et son usage* »³²⁵. Les États prônant cette évolution de la démocratie, valorisent ainsi une conception particulière de la démocratie. Elle a le mérite de justifier le renforcement du pouvoir exécutif mais c'est « *confondre la nécessité d'un gouvernement légitime avec celle d'un gouvernement puissant* »³²⁶.

78

Nous assistons aujourd'hui à la confirmation d'évolution durables des démocraties européennes occidentales. Reste à savoir si les alternatives offertes par l'introduction de l'illibéralisme et de l'épistocratie - fondées sur le renforcement du

³²² *Ibid.*, p. 20.

³²³ P. Kruzsliz, *op. cit.*, p. 7.

³²⁴ F. Hourquebie, « Entretien avec Lucien Jaume : « *Démocratie illibérale* » : une nouvelle notion ? », *Constitutions* 2019, p. 177 ; G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne », *Constitutions*, 2028, p. 479 ; N. Baverez, « Les démocraties contre la démocratie », *Pouvoirs*, Le Seuil, 2019/2, n° 169, pp. 5 à 17 ; T. Chopin, « « *Démocratie illibérale* » ou « *autoritarisme majoritaire* » ? Contribution à l'analyse des populismes en Europe, 2019 ; O. A. Macovei, « L'État illibéral dans l'Union européenne, essai de conceptualisation », 2018/1, n° 40, pp. 127-144 ; F. Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, Gallimard, 1998/2, n° 99, pp. 17-26...

³²⁵ F. Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, Gallimard, 1998-2, p. 21.

³²⁶ F. Zakaria, *op. cit.*, p. 21. L'auteur ajoute « Si une démocratie ne préserve ni la liberté ni la loi, savoir qu'il s'agit d'une démocratie est une maigre consolation ».

pouvoir exécutif de crises - constituent des réalités politiques durables à la démocratie libérale.

TABLE DES AUTEURS

Thérance Carvalho, Professeur d'Histoire du droit - Laboratoire Droit et Changement Social (UMR CNRS 6297) - Nantes Université

François Godicheau, Professeur en Histoire contemporaine – UMR FRAMESPA - Université Toulouse II- Jean Jaurès

François Moncassin, Docteur en Histoire du droit – Université Toulouse-Capitole, Enseignant-chercheur contractuel (ECER) en Histoire du droit - Université d'Angers

Hanan Qazbir, Maître de conférences en Droit public – IDETCOM – Université Toulouse Capitole

TABLE DES MATIERES

Présentation	p. 6
Avant-propos.....	p. 7
Thérance Carvalho, Qu'est-ce que le droit à la sûreté ? Réflexions sur les origines d'une notion juridique ambiguë (XVI-XVIII siècles)	p. 10
François Moncassin, De la protection des individus à la protection de la société : la sûreté en Révolution (1789-1799)	p. 25
François Godicheau, Une notion fonctionnelle à l'étrange pouvoir : l'ordre public.....	p. 39
Hanan Qazbir, La notion de sûreté, facteur de légitimation du renforcement du pouvoir exécutif en Europe	p. 63
Table des auteurs	p. 80
Table des matières	p. 81