

INSTITUT
VILFRIED
LEYS

L'état de la Constitution

2017

Le blog de la revue Jus Politicum



Université Paris II Panthéon Assas

L'état de la Constitution

Le blog de la revue Jus Politicum 2017

Rédaction

Manon Altwegg-Boussac,

Professeur, Université du Littoral

Denis Baranger,

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Olivier Beaud,

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Cécile Guèrin-Bargues,

Professeur, Université Paris-Nanterre

Bruno Daugeron,

Professeur, Université Paris Descartes

Pierre Auriel,

Doctorant, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Emma Grego,

Doctorante, Université Montpellier 1

Ludmila Leboeuf,

Doctorante, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Design graphique

Isidora Stanković,

Doctorante, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

- 11** Denis Baranger
Préface
- 12** **LA CINQUIÈME RÉPUBLIQUE**
- 13** Pierre Mouzet
Les deux procès Lagarde
- 17** Jean-Marie Denquin
Le mythe des primaires
- 26** Denis Baranger, Olivier Beaud, Jean-Marie Denquin, Olivier Jouanjan,
Patrick Wachsmann
L'affaire Fillon n'est pas un « coup d'Etat institutionnel »
- 31** Serge Sur
La V^e République et ses métamorphoses
- 35** Bruno Daugeron
**Election présidentielle : les illusions du « présidentielisme
programmatisé »**
- 40** Olivier Beaud
L'élection présidentielle face à l'imprévu
- 48** Jean-Marie Denquin
Paysage après la bataille : V^{ème}, VI^{ème} ou IV^{ème} République ?

53

Jean-François Kerléo

La conformité déontologique, critère supplémentaire de sélection des membres du gouvernement

59

Jean-François Kerléo

La conformité déontologique, critère supplémentaire de sélection des membres du gouvernement

67

Olivier Beaud

La circulaire du Premier ministre sur « le travail gouvernemental » : une impression de « déjà vu » ou une promesse de renouveau ?

76

Bruno Daugeron

Pas élu, pas ministre ! Responsabilité politique ou marketing électoral ?

83

Matthieu Caron

Le décret du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du pouvoir exécutif : un petit pas pour le droit gouvernemental et la transparence de la vie publique

90

Elina Lemaire

La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire

97

Nicolas Thiébaud

La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron devant le Congrès : entre problèmes anciens et nouveaux usages

105

Thomas Perroud

L'état d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel

111

Denis Baranger

La Constitution et le statut des députés : que faut-il changer ?

120

Thomas Hochmann

Les carpes du Luxembourg. À propos du Sénat et du Conseil constitutionnel

127

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

128

Thomas Perroud

Le Conseil constitutionnel contre la transparence fiscale

133

Denis Baranger

Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence

139

Thomas Perroud

Un choix de société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité

145

Mathieu Carpentier

Un « lit de justice » contestable : la réintroduction du délit de consultation de sites terroristes

153

Thomas Perroud

Le Conseil constitutionnel et les portes étroites

161

Jean-François Kerléo

Les enseignements de la décision du Conseil constitutionnel sur le temps d'émissions pour la campagne officielle des élections législatives

168

Thomas Perroud

La moralisation de la vie démocratique : on est loin du compte !

175 ETATS-UNIS

176 Idris Fassassi
Obama, la justice pénale et la revue

180 Matthieu Bertozzo
Scandale de la NSA : le droit d'enquête parlementaire victime de la politique étrangère allemande

184 Maud Michaut, Mathilde Laporte
« Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis » : présentation et traduction de l'executive order du 27 janvier 2017

193 Quentin Epron
Une crise constitutionnelle américaine ?

197 Maud Michaut, Mathilde Laporte
« Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis » : la contestation de l'executive order devant les cours

206 Aurélien de Travy
Les démocrates américains peuvent-ils faire obstruction à la nomination de Neil Gorsuch ?

212 Tarek Darwish
Pourquoi le Président Trump n'est pas parvenu à abroger l'Obamacare : un échec politique et institutionnel

218 Maud Michaut
Le Président des États-Unis peut-il être attiré devant le tribunal d'un État fédéré ? À propos de l'affaire Zervos v. Trump

225

Thibaut Fleury Graff

Guerres américaines et pouvoirs du Congrès fédéral : Trump et Obama, même(s) combat(s)

231

ROYAUME UNI / BREXIT

232

Denis Baranger

L'arrêt Miller de la Cour suprême du Royaume-Uni : une traduction des passages principaux

236

Aurélien Antoine

Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel

241

Céline Roynier

La résolution du scandale des notes de frais des MPs au Royaume-Uni ou les bienfaits de la morale constitutionnelle

247

Aurélien Antoine

Les élections générales anticipées du 8 juin au Royaume-Uni : quels enseignements ?

253

Pascal Guillon

Qu'est-ce que le Great Repeal Bill ?

262

ALLEMAGNE

263

Matthieu Bertozzo

Le glas du parti national-démocrate d'Allemagne (NPD) ne sonnera pas pour cette fois

268

ESPAGNE

269

Anthony Sfez

**Pourquoi l'Espagne est gouvernée sans majorité.
L'explication par un mode de scrutin hérité du franquisme**

275

Anthony Sfez

Crise catalane : qui a suspendu quoi ?

282

Anthony Sfez

**Crise catalane : suspension de la procédure d'adoption de la
Déclaration d'indépendance**

287

Anthony Sfez

**Pourquoi la Catalogne n'a pas vraiment déclaré son
indépendance**

296

EUROPE

297

Jean Grosdidier

**Une « démocratisation » européenne contre les politiques
d'austérité ? Le T-Dem ou le pari d'une zone euro à visage
humain**

307

VENEZUELA

308

Carolina Cerda-Guzman

**La décision du 30 mars 2017 du Tribunal Suprême de Justice
vénézuélien : un « auto-coup d'Etat » juridictionnel**

314

ELECTIONS

315

Jean-Marie Denquin

Trompe-l'œil, faux-semblants et méconnaissance du droit : à propos de la séquence électorale de 2017



Pourquoi une nouvelle publication sur l'actualité du droit constitutionnel ? Précisément parce que le droit constitutionnel a une actualité, qui ne se résume pas à celle de la vie politique et à ses « rendez-vous » (élections, nominations), ses « faits divers » (démissions, révocations, condamnations...) ou ses crises institutionnelles. C'est plutôt le contraire : en regardant seulement la vie institutionnelle « par le petit bout » d'une lorgnette politique (les petites phrases, les réactions à chaud, les apparences de la vie médiatique), on manque la composante constitutionnelle qui pourtant explique souvent l'essentiel. Car tout, dans la politique, n'est pas politicien. Ce que les citoyens, et même beaucoup d'observateurs éclairés de notre monde politique ne perçoivent pas toujours assez bien, c'est que le droit impose son propre rythme, ses propres exigences, à l'action politique.

Cet ebook – dont la première édition est gratuite – contient les billets publiés sur le blog de la revue *jus politicum* au cours de l'année¹. Lancé en avril 2016, le blog a connu rapidement un vif succès en ligne, preuve qu'il répondait à un besoin. Il est fini, le temps où les grands journaux consacraient des chroniques régulières à l'actualité constitutionnelle et aux problèmes de fond qu'elle révèle. Il fallait renouveler le genre, et si possible l'améliorer en retirant au droit constitutionnel « médiatique » la part d'amateurisme qui souvent le gâche. Car la juridicisation de nos sociétés fait que les procédures, les mécanismes, les principes, sont complexes et doivent être analysés avec une certaine expertise. On le voit au long de ces pages, et au fil de l'actualité constitutionnelle de l'année 2017. Complexité des procédures : le procès Lagarde devant la Cour de Justice de la République, les aléas (et les pathologies) de la procédure d'adoption des grandes lois qui ont marqué l'année parlementaire... Complexité des principes : le débat sur la séparation des pouvoirs suscité par « l'affaire Fillon », ou le traitement par le Conseil constitutionnel des principes d'égalité devant la loi, de liberté contractuelle ou de solidarité.

Enfin, il n'y a pas d'actualité constitutionnelle qu'en France. Nous avons souhaité fournir aux lecteurs les moyens de comprendre la vie institutionnelle des grands pays qui nous entourent. Et, bien entendu, 2017 n'a pas été moins riche, par exemple aux Etats-Unis, avec les débuts de « l'ère Trump » et de l'instabilité institutionnelle qu'elle provoque, et au Royaume Uni. Plusieurs billets ont été consacrés au Brexit, un processus dont la complexité constitutionnelle défie l'entendement et qu'il ne faut pas réduire à quelques généralités.

Denis Baranger

¹ Le dernier billet publié sur le [blog](#) avant la parution de cet ebook date du 10 novembre 2017.

*La Cinquième
République*

le 30 janvier 2017

Les deux procès Lagarde

Pierre Mouzet

**Maître de conférences HDR,
Université de Tours**



Cour des comptes, Paris

© TouN GFDL or CC-BY-SA-3.0

blog.juspoliticum.com

O n a beaucoup écrit sur la condamnation de Christine Lagarde par la Cour de justice de la République (CJR), le 19 décembre 2016, mais on n'a rien pu dire de son procès devant la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF). Et pour cause : les ministres n'en sont pas justiciables et cette immunité, avait jugé quinze jours plus tôt le Conseil constitutionnel, dans une autre affaire (599 QPC, 2 décembre 2016), est conforme à la Constitution. Pourtant, c'est bien ce procès-ci qui aurait dû avoir lieu.

Plusieurs aberrations convergent, en effet, dans cette affaire Tapie. Seul Stéphane Richard, Directeur de cabinet de la Ministre de 2007 à 2009, retournera bientôt devant la CDBF, dont il a déjà obtenu, par deux fois (le 22 mai 2014 et le 2 février 2016) mais en vain, qu'elle renvoie ses QPC relatives au cumul des punitions pénale et disciplinaire (423 QPC du 24 octobre 2014 et 550 QPC du 1er juillet 2016). Il ne sera néanmoins passible d'aucune sanction s'il parvient à exciper d'un « ordre écrit [du] ministre »... que la CDBF ne peut convoquer. On se souvient à l'inverse que la CJR n'avait pas même pu l'entendre. Quant à l'arrêt du 19 décembre, peut-être n'a-t-on pas suffisamment insisté sur l'essentiel : non pas que Mme Lagarde soit jugée sans les autres protagonistes du scandale, mais qu'elle soit coupable et dispensée de peine ! Laissons là la dimension sociologique d'un tel choix,

brillant aliment de la contestation du système politique, au profit de sa logique répétée : comment mieux avouer qu'une procédure est inadéquate lorsque d'un même mouvement on condamne et on exonère ?

La thèse ici présentée est qu'il convient cependant d'incriminer moins la CJR, qui n'a fait qu'assumer le rôle qu'on lui a infligé, que le Conseil constitutionnel. Certes, une autre solution que celle de la décision 2016-599 QPC du 2 décembre n'eut rien changé en l'espèce et la réflexion ne vaut que pour l'avenir. Mais elle mérite un instant.

En jugeant que l'injusticiabilité des membres du gouvernement devant cette juridiction financière répressive qu'est la CDBF ne méconnaissait ni l'article 6 ni même l'article 15 de la Déclaration de 1789, la Rue de Montpensier a, à tort, écarté l'alternative de la responsabilité « disciplinaire », au sens constitutionnel du terme, et laissé accroire que les seules poursuites conformes à la Constitution sont celles possibles devant la CJR.

La responsabilité financière des ministres serait un opportun complément de leurs responsabilités politique et pénale.

L'« affaire Lagarde » le montre : la responsabilité pénale peut être inadaptée,

au regard des peines. Tel est d'ailleurs le raisonnement qui a conduit le législateur, à la Libération, à créer la Cour de discipline budgétaire.

Elle est également inappropriée par la difficulté qu'il y a à incriminer la mauvaise gestion : l'invention de la « négligence » de l'art. 432-16 du code pénal est à la fois l'effet et le témoin de ce que les crimes et délits les plus clairs ne correspondent pas, sauf dans d'improbables hypothèses (par exemple des primes de cabinet en liquide), à ce qu'il importe de sanctionner. Pour le dire de manière simpliste, il semble que, pour les juges de la CJR, la frontière de l'opportunité de la punition passe par l'honnêteté ou l'enrichissement personnel, ce que nul n'a reproché à cette ancienne Ministre-ci.

Quant à la responsabilité politique, il arrive, assurément, qu'elle fonctionne ; non pas via la responsabilité collective parlementaire, que le Conseil constitutionnel a artificiellement évoquée en citant les « procédures prévues » aux articles 49 et 50 de la Constitution, mais en réalité dans le cadre de la responsabilité exécutive individuelle, permise par l'article 8 : rappelons-nous la démission d'Hervé Gaymard de Bercy, en 2005, plus proche du cas Lagarde que les errements des ministres Cahuzac ou Thévenoud.

Il n'en reste pas moins que la responsabilité politique est par hypothèse totalement inadéquate dans deux cas. Quand elle se concrétise par la révocation, où peut-elle se nicher lorsque le « responsable » n'est justement plus au pouvoir ? Et quelle « négligence » le couple exécutif pourrait-il sanctionner s'il est évident, sinon avéré, que c'est lui qui l'a ordonnée ?

Il faut donc chercher une autre responsabilité constitutionnelle disciplinaire, puisqu'il s'agit de punir et non de réparer (ce qui exclut toute solution civile). Or combien d'alternatives les infractions du code des juridictions financières eussent offertes à l'art. 432-16 ! C'est cette source que le Conseil constitutionnel — sans qu'on le lui demandât : il n'était saisi que de l'injusticiabilité des élus locaux — a tarie. Pour lui, il existe suffisamment de « contrôles » et d'« obligations politiques, administratives ou pénales » pesant sur les membres du gouvernement...

Rendre les membres du gouvernement justiciables de la CDBF serait en vérité tout aussi conforme à la Constitution.

La révision constitutionnelle n'est jamais facile : en témoigne le projet de suppression de la CJR déposé à l'Assemblée nationale en mars 2013. Mais il n'en est nul

besoin pour rendre les ministres passibles de la CDBF. Il faut inlassablement rappeler qu'on aurait tort de croire que la Constitution n'autorise, devant les juridictions, leur mise en cause pour leur activité gouvernementale — car, comme dans le cas de l'affaire Tapie, c'est bien l'exercice des fonctions ministérielles que l'on vise ici — que devant la seule CJR. À preuve : leur responsabilité financière existe déjà ! Il s'agit de la procédure de gestion de fait, devant la Cour des comptes : personne n'a oublié l'affaire *Carrefour du développement* et le cas du Ministre Christian Nucci qui, à en croire la presse, rembourse encore l'Etat aujourd'hui.

Nul n'a jamais suggéré de préserver les membres du gouvernement du risque d'être reconnu comptable de fait des deniers publics. Or, si la gestion de fait a dans son ensemble une nature civile au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, elle peut également avoir une portée et une vertu punitives. Et la loi dispose que les amendes infligées par la CDBF « présentent les mêmes caractères » que les amendes pour gestion occulte. Si l'une des responsabilités financières est applicable au ministre, l'autre peut l'être aussi. Il n'y a donc aucune objection constitutionnelle au fait de rompre avec leur immunité devant la CDBF, fut-elle originelle.

Au vrai, c'est la motivation de la QPC 599 du 2 décembre 2016 qui laisse un goût d'inachevé. On ne s'attendait certes pas à ce que le Conseil constitutionnel osât abroger l'art. L. 312-1 du code des juridictions financières, qui prévoit cette injusticiabilité en même temps que celle, en principe, des exécutifs territoriaux. Mais il eut été logique de voir le juge brandir le pouvoir d'appréciation du Parlement, et non se retrancher derrière une conception embryonnaire de l'article 15 de la Déclaration de 1789, en lui laissant clairement toute latitude. C'est au législateur qu'il appartient de choisir, comme le fit la loi « Sapin I » de 1993 en rendant passibles de la CDBF certains agissements des élus locaux.

La Commission des lois de l'Assemblée nationale a déjà adopté par deux fois sous la dernière Législature l'abrogation de l'injusticiabilité des membres du gouvernement devant la CDBF. Elle a dû y renoncer sous la pression du Gouvernement Fillon.

Le Parlement est actuellement saisi du projet de loi ratifiant l'ordonnance du 13 octobre 2016 portant modification du code des juridictions financières : rêvons un peu. Il n'est jamais trop tard pour bien faire.

le 6 février 2017

Le mythe des primaires

Jean-Marie Denquin

**Professeur,
Université Paris-Nanterre**



Place de la République, Paris

© Léopold Morice GFDL or CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Les lignes qui suivent n'auraient pas dû être écrites. En effet le sens d'un événement comme les (élections) primaires qui viennent de se dérouler en France n'est connu qu'a posteriori. C'est seulement quand on connaîtra le résultat des élections présidentielles de 2017 que l'on pourra analyser l'ensemble du processus et en tirer les conséquences de fait et de droit. L'évoquer maintenant constitue donc une démarche périlleuse, voire journalistique. Pourtant il n'est peut-être pas inutile d'en parler déjà. Avant que le verdict soit tombé, que l'apothéose ou la catastrophe soient figées dans le marbre de l'évidence ou dans le stuc de l'idée reçue, il subsiste une chance, en s'épargnant le ridicule de la prophétie rétrospective, de regarder la chose dans la complexité et l'ambiguïté du possible.

En quoi les événements de 2016-2017 sont-ils des événements ? L'idée de primaire n'est pas nouvelle sous la V^{ème} République – il faudra un jour en écrire l'histoire. Elle a été mise en œuvre à plusieurs reprises par la gauche. Les résultats en furent contrastés : la candidate désignée a échoué en 2007, mais son successeur l'a emporté en 2012. La nouveauté de la conjoncture actuelle tient donc d'abord à ce que la procédure concerne cette fois les deux principales forces qui se partagent le champ politique – ou sont censées se le partager, puisqu'échappent à ces rassemblements les

extrêmes, les dissidents de toutes obédiences, les centristes non ralliés à la droite, s'il en reste, et les « électrons libres » archaïques ou modernistes, voire les deux à la fois. Mais en outre le processus tend à s'institutionnaliser. Il est certes infraconstitutionnel et infralégal. Les normes qui président aux opérations demeurent privées : elles sont négociées et définies au sein des partis et mises en œuvre par des organismes créés par eux, qui échappent à tout contrôle, avec les avantages et les inconvénients qu'implique une telle situation. Le phénomène a été rendu possible par une évolution des mentalités – naguère certaines municipalités annonçaient qu'elles entraveraient l'organisation dans leur commune de primaires du camp adverse – mais aussi par l'accroissement des moyens financiers des partis. Les opérations se sont déroulées sans incidents majeurs, malgré quelques ratés.

Mais l'innovation va-t-elle s'enraciner ? Assiste-t-on à l'instauration d'une tradition promise à durer, une sorte de droit coutumier à l'état naissant, suffisamment efficace et légitime pour s'imposer au-delà de la conjoncture qui lui a permis d'exister ? Doit-on attribuer l'innovation à la logique des institutions qui verraient ainsi comblée une lacune depuis longtemps dénoncée ? Tenter de répondre – prématurément – à ces interrogations suppose d'examiner deux

questions préalables : comment en est-on arrivé là ? À quoi, au juste, est-on arrivé ?

L'élection du président de la République a été marquée, dès l'origine, par un déséquilibre structurel entre son encadrement juridique et sa dimension politique. En 1962, ses concepteurs étaient dominés par deux idées. D'une part une procédure de sélection des candidats est nécessaire : en son absence, le risque d'une multiplication exponentielle des candidatures rendrait le système ingérable. Mais d'autre part ils voulaient éviter que les partis politiques jouissent d'un monopole de présentation des candidats : la compétition devait être ouverte pour établir un rapport direct, personnel, entre le futur élu et les Français. D'où la mise en place d'un système de « parrainage » (terme coutumier, inconnu des textes) qui subordonne la candidature à des conditions juridiques plutôt libérales. La réponse imprévue fut, dès 1965, la présence, respectable mais surprenante, de Marcel Barbu, candidat des chiens battus. Bien que plusieurs fois révisé, le crible demeure trop perméable. Il ne permet en aucune manière de dégager une alternative pertinente, comme c'est le cas aux États-Unis, ni même un échantillon restreint de candidats représentatifs.

La dimension politique de la question demeure donc entière : qui va représenter

les diverses forces politiques susceptibles de rivaliser effectivement pour le pouvoir, c'est-à-dire de l'emporter au second tour, les autres candidats n'étant, même s'ils ont franchi l'étape formelle des « parrainages », destinés aux yeux de tous qu'à un rôle de figurants ? Ce vaste problème n'aura que des solutions partielles. Une première réponse, institutionnelle, réside dans le mode de scrutin à deux tours posé par l'article 7 de la Constitution, avec cette précision capitale : au deuxième tour, seuls deux candidats demeurent en lice. D'un point de vue politico-psychologique, le système a fonctionné grâce à deux principes : l'idée de « candidat naturel » et la notion, aujourd'hui obsolète, de « présidentiable ».

L'affirmation selon laquelle la loi électorale, avec duel garanti au second tour, constitue en elle-même un mode de sélection des candidats n'a rien d'absurde. Ce mode de scrutin permet concrètement de choisir au premier tour et d'éliminer au tour décisif. Ainsi se trouvent en principe préservés les avantages d'un large choix offert aux divers camps politiques, y compris des forces qui souhaitent à bon droit s'exprimer mais n'espèrent pas l'emporter, sans tomber pour autant dans les inconvénients d'une élection acquise à la majorité relative, qui affaiblirait la légitimité du vainqueur et permettrait à une tendance minoritaire de l'emporter grâce à la désunion de ses adversaires. On

peut donc justifier le système en le qualifiant de « primaires à la française ». (On sait que le syntagme « à la française » est de mauvais augure : il désigne un objet dont la légitimité est aussi problématique que sa survie est douteuse, puisqu'il n'est pas américain.)

Cet éloge réticent ne masque pas cependant les failles du système. D'une part celui-ci suppose un monde bipolaire. L'existence d'un troisième terme brouille inévitablement sa logique puisque par définition l'un d'entre eux ne sera pas au deuxième tour. Les conséquences de ce fait peuvent être lourdes ou faiblement signifiantes, mais elles ne sauraient être nulles. D'autre part, même s'il n'existe que deux coalitions, la prolifération des candidatures au sein de chacune risque de produire au niveau interne l'inconvénient écarté sur le plan global. La concurrence de deux ou plusieurs candidats proches est susceptible de profiter à un troisième, voire de provoquer l'élimination au premier tour de l'un des courants dominants : on l'a vu en 1969 et en 2002. Il n'est pas excessif de dire que l'effort pour échapper à ces dangers a joué un rôle essentiel dans la vie politique française depuis une cinquantaine d'années. On le voit déjà en filigrane dans la rhétorique du « candidat naturel ».

L'expression « candidat naturel » est *a priori* déconcertante : il est hors de doute

que dans la nature n'existe aucun candidat. Aujourd'hui pourtant on en connaît un, ou plutôt une : la présidente du Front national, quelque peu délaissée des médias pendant les primaires, a fièrement revendiqué ce titre, sans d'ailleurs préciser quelle est la source de sa légitimité : consensus, charisme (cause du pouvoir ou culte du chef), hérédité non monarchique, comme en Syrie ou en Corée du nord ? L'idée n'a cependant rien d'une innovation. Elle a même joué un grand rôle dans les événements antérieurs et jette *a contrario* une vive lumière sur son contraire – c'est-à-dire précisément les primaires.

Un candidat naturel, c'est d'abord un candidat sortant. Personne dans leur camp n'a contesté les candidatures, victorieuses, de Charles de Gaulle, de François Mitterrand et de Jacques Chirac en 2002. Valéry Giscard d'Estaing et Nicolas Sarkozy furent également les candidats naturels de leur parti, mais ils affrontèrent des candidats issus de leur camp au sens large : cette configuration ne fut pas sans influence sur leur échec final.

Dans le cas contraire, si le président est mort ou si le sortant est un adversaire, la notion de candidat naturel paraît exclue : il est nécessaire de choisir, car il y a toujours, cela va de soi, plusieurs prétendants. À trois reprises, en 1974, en 1988 et en 1995, on observa une véritable compétition interne au

sein de la droite. Dans les deux cas le premier tour joua efficacement, d'un point de vue fonctionnel, le rôle de primaires puisqu'il permit à Valéry Giscard d'Estaing et à Jacques Chirac, les deux dernières fois, de s'imposer contre Jacques Chaban-Delmas, Raymond Barre et Édouard Balladur, puis, dans le premier et le troisième cas, de l'emporter au second tour. À gauche la question se posait en d'autres termes tant que l'influence du parti communiste fut grande : il n'y avait pas un candidat naturel mais, en 1965 et en 1974, un candidat unique, désigné par un accord entre les deux grands partis de gauche. En l'absence d'un candidat d'union de la gauche, l'arbitrage du premier tour joua également, toujours au profit du parti socialiste. Toutefois, au sein de ce dernier, François Mitterrand faisait figure de candidat naturel : n'avait-il pas adhéré au nouveau PS, lors du congrès d'Épinay en 1971, pour en devenir le premier secrétaire et le futur candidat en 1974 ? On peut voir dans cet événement la première ébauche d'un scénario qui lie élection présidentielle et structure partisane. Il allait se reproduire en pleine lumière, mais à droite cette fois.

Car, à plusieurs reprises, un candidat s'est imposé sans débat. Ce fut le cas de Jacques Chirac en 1981 – malgré la présence d'un candidat sortant à droite – et en 1988, ou de Nicolas Sarkozy en 2007. Le premier a créé un nouveau parti (le RPR) à sa dévotion

personnelle – « je suis fidèle à Jacques Chirac » était la phrase sacramentelle qui devait être prononcée dans cette formation politique, sans que l'on s'interrogeât jamais sur le point de savoir à quoi Jacques Chirac était lui-même fidèle – dans le but unique et manifeste d'en faire l'instrument de son élection à la présidence de la République. Le second a pris, dans le même but, le contrôle en 2004 d'un parti déjà existant. Cette inversion de l'ordre des facteurs – le parti ne choisit pas un candidat, c'est le candidat qui forge le parti en tant qu'instrument de campagne à son propre usage – permet de comprendre la catégorie paradoxale du candidat naturel autodésigné.

Le terme « présidentiable » fonctionnait dans un registre différent. Comme beaucoup de concepts journalistiques (s'il est permis de risquer cet oxymore), le mot était facile à utiliser mais difficile à définir. Il désignait, semble-t-il, une mince cohorte de politiciens plus égaux que les autres, car l'hypothèse de leur éventuelle candidature à l'Élysée ne paraissait pas inconcevable. Le titre, décerné par les médias, ne conférait évidemment aucun droit. Mais la répétition et le consensus qui en découlait parfois créaient au profit du récipiendaire une sorte de statut informel analogue à celui des acteurs qui, dans le monde du spectacle, accèdent progressivement au rang de vedettes. Il conférait un avantage, mais

sans garantie de succès : le destin malheureux de Michel Rocard illustre cette dure réalité. Fait significatif, le titre a disparu. L'évolution qui a conduit aux primaires ôtait toute signification aux spéculations qui donnaient sens à son emploi.

Deux conclusions paraissent se dégager de ce rapide survol.

La première est qu'il existe une asymétrie entre la droite et la gauche, bien que les deux forces aient été l'une l'autre des coalitions. À gauche, des organisations fermement structurées entretiennent entre elles, de puissance à puissance, des relations d'appareil. Tant que la gauche est divisée entre deux grands partis, la question est de savoir s'ils concluent un accord au premier tour. S'ils n'y parviennent pas, les partis mesurent leur force et l'on observe les reports de voix qui permettent ou non l'élection d'un candidat de gauche au second. Quand le PS devient hégémonique, il faut, en l'absence de candidat naturel, organiser une compétition entre candidats potentiels. À droite, en revanche, les partis sont des machines électorales au service d'un chef, mais la guerre des chefs « présidentiables » menace toujours, soit qu'elle oppose entre eux des formations politiques pourtant alliées (en 1974, 1981, 1988), soit qu'elle oppose deux dirigeants d'un même parti (en 1995). D'autre part ce système,

bien qu'il n'ait brillé ni par sa logique ni par sa transparence, a fonctionné pendant plus de quarante ans sans drame majeur. Quel que soit le jugement que l'on porte sur les personnalités auxquelles il a donné la victoire, rien ne prouve qu'un autre système aurait sélectionné des élus plus dignes de l'être. Une question vient donc naturellement à l'esprit : l'instauration d'un nouveau système était-elle véritablement nécessaire ?

On peut invoquer des causes générales (désir de nouveauté, souci de rationalisation, aspiration bien naturelle à faire comme les Américains). Il faut aussi prendre en compte l'asymétrie notée plus haut. Pour la gauche non communiste, l'héritage d'une tradition qui privilégie (en principe et pour faire court) la démocratie interne au sein des organisations tendait naturellement à faire désigner le candidat du parti à l'échéance majeure de la vie politique française par les militants. Aussi le parti socialiste s'est-il engagé le premier dans cette voie. Mais la généralisation du système supposait d'autres facteurs. Il semble que deux phénomènes aient joué un rôle. Les partis de droite craignent depuis longtemps les conséquences potentielles de leur division au premier tour, ce qui explique que le thème des primaires ait été depuis longtemps agité parmi eux. Cette crainte a d'abord suscité le regroupement au sein d'une unique organisation (l'UMP, puis les Républicains),

malgré les évidents inconvénients de cette formule. C'était un premier pas dans le sens des primaires, car il est plus facile d'organiser une telle consultation dans le cadre d'une structure unique qu'entre deux ou plusieurs organisations de taille forcément inégale. Mais un second facteur a été décisif : la peur, voire la probabilité, fondée sur les sondages, d'une présence du Front national au second tour comme en 2002. Dans cette hypothèse, il ne demeure, pour la droite et pour la gauche qu'une place qualificative au second tour : la question de la candidature unique devient vitale et, en l'absence de candidat naturel, un mécanisme de sélection organisé et préalable revêt un caractère de nécessité absolue. Les primaires cessent d'être un médicament de confort pour devenir une urgence vitale.

Les faits que l'on vient de décrire sont structurels même s'ils ne sont pas permanents. Ils procèdent en effet d'une logique impérieuse qui est une conséquence du mode de scrutin présidentiel, modulé par les aléas du système partisan, bipolaire ou multipolaire. Mais les événements actuels ont aussi une dimension conjoncturelle, qu'il faut prendre en compte si l'on entend esquisser un pronostic sur le devenir du phénomène.

De ce point de vue, les primaires organisées en 2016-2017 recouvrent un paradoxe. Chaque camp, en effet, disposait *a*

priori d'un candidat naturel. La gauche avait un sortant, la droite un chef depuis la reprise en main du parti par Nicolas Sarkozy en 2014. Or les deux candidats structurels ont connu un déclin différent mais parallèle. Nicolas Sarkozy portait la croix de son quinquennat et de sa personne, mais il gardait espoir dans le soutien des militants. La popularité de François Hollande s'effondrait sous le poids de ses hésitations et de ses échecs : il ne pouvait échapper à une primaire mais espérait que celle-ci lui offrirait une ultime chance. Tous deux voyaient donc une planche de salut dans le risque d'une compétition qu'ils auraient eu, en cas d'augures favorables, les moyens et les raisons d'éviter. Or cette configuration, hautement improbable, n'est certainement pas répétable.

Quel bilan, d'autre part, peut-on tirer – à chaud – des événements ? Sans s'étendre sur ce point, que les commentateurs ont abondamment commenté, on peut dire qu'il paraît contrasté. Au début du processus, les opinions étaient largement favorables à la nouvelle procédure. Sa dimension démocratique et participative était mise en valeur : elle suscite le débat, permet d'exposition et la clarification des programmes, rend aux organisations partisans une visibilité et donc une légitimité. Les médias, qui mettent l'opération en musique, y trouvent un nouveau motif de s'autocongratuler. Le mécanisme

s'est en outre révélé, dans un pays où les mêmes têtes font éternellement, durant des décennies, retour, un procédé imprévu mais énergique pour sortir les sortants. Comme aux États-Unis, des prétendants inattendus sont susceptibles de l'emporter : les seconds couteaux entrent dans la cour des grands, pour utiliser le langage contemporain bien qu'il ne brille pas toujours par la cohérence de ses métaphores. Les carrières politiques étaient encore naguère assujetties au respect d'une sorte de *cursus honorum* implicite, soumis au bon vouloir des dirigeants en place. Le nouveau jeu paraît plus ouvert. Benoît Hamon est candidat – il n'aurait pas été présidentiable.

Au fil des événements, cependant, les inconvénients sont apparus. La chose aurait d'ailleurs été facile à anticiper, puisque ces effets pervers ont été depuis longtemps repérés outre-Atlantique, où ils ont conduit divers États à ne pas adopter la méthode des primaires et à lui préférer des choix opérés par les dirigeants des partis. Les personnes qui se déplacent pour voter aux primaires sont par définition politiquement motivées, ce qui les rend *a priori* peu représentatives de l'ensemble des électeurs. Elles succombent volontiers à la tentation de la surenchère idéologique, si bien que les candidats qui plaisent le plus aux uns risquent fort d'être ceux qui plaisent le moins aux autres. D'autre part les primaires

comportent le risque d'exacerber les conflits, de personnes et de lignes politiques. Ceux-ci existent bien sûr toujours, mais le caractère long et public du processus ne peut que rendre plus difficile le rassemblement final, supposé par le système, autour du candidat finalement désigné. Celui-ci court donc le risque de ne pas sortir de l'épreuve en triomphateur : il peut apparaître au contraire comme un vainqueur fragilisé.

Or, quelle que soit la procédure utilisée, elle ne saurait être moins fragile que le candidat qu'elle désigne. On ne sait si François Fillon sera victime, comme avant lui Jacques Chaban-Delmas et Édouard Balladur, de révélations qui n'ont pas besoin d'être factuellement exactes ou juridiquement fondées pour être dévastatrices. De telles « boules puantes » – selon le mot attribué au général de Gaulle, qui aurait refusé d'utiliser une telle méthode en 1965 contre François Mitterrand : si l'anecdote est authentique, ce fut par un vestige de morale aristocratique (« Cela ne se fait pas dans notre monde ») qui n'a évidemment plus cours dans l'univers contemporain – sont devenues une composante habituelle de la compétition présidentielle en France, comme elles le sont d'ailleurs aux États-Unis. La manœuvre, qu'elle réussisse ou non, fait désormais partie des attractions attendues du cirque présidentiel, avec les ralliements ou trahisons (selon le point de vue

pris en compte), fluctuations spectaculaires mais parfois trompeuses des sondages, les mots magiques (“fracture sociale”, “revenu universel”) et quelques autres.

Il faut observer enfin que les règles privées applicables aux primaires ne sont pas, comme c’est le cas pour les élections, de nature pérenne. Les Chartes et Hautes autorités, loin de constituer les cadres abstraits d’occurrences renouvelables, ne valent explicitement que pour l’événement présent. En cela les primaires ressemblent aux référendums, dont les modalités sont définies au cas par cas : ces consultations sont le fruit de conjonctures singulières, et il ne paraît ni opportun ni utile d’anticiper une répétition – qui se produira peut-être, ou pas.

Il serait donc hasardeux de pronostiquer un enracinement coutumier de la procédure. Si, d’aventure, Emmanuel Macron affrontait au second tour Marine Le Pen, la question de savoir à quoi sert l’opération pourrait légitimement être posée.

le 23 février 2017

L'affaire Fillon n'est pas un « coup d'Etat institutionnel »

**Denis Baranger, Olivier Beaud, Jean-Marie Denquin,
Olivier Jouanjan, Patrick Wachsmann**

Professeurs de droit public



Palais de l'Élysée, Paris – Grille d'honneur

© Erwmat CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Un Appel signé par des professeurs de droit et des avocats entend dénoncer ce qu'ils appellent un « coup d'Etat institutionnel » pour décrire l'enquête menée par le parquet national financier contre François Fillon. Selon ce texte, le pouvoir actuel, notamment François Hollande, instrumentaliserait la justice pour écarter le vainqueur des primaires de la campagne présidentielle. L'Appel contient des arguments de droit pénal qui reposent sur une interprétation restrictive tant du délit de détournement des fonds publics que de la compétence du Parquet national financier. On laissera les spécialistes répondre à de tels arguments qui sont d'ailleurs ceux avancés par les avocats de François Fillon pour se concentrer sur les arguments d'ordre constitutionnel qui s'opposeraient à une telle enquête. Le principal d'entre eux consiste à invoquer une atteinte au principe de « la séparation des pouvoirs, seul garant du caractère démocratique des institutions et obstacle à la tyrannie » :

« L'indépendance dont dispose le parlementaire, y compris dans la gestion de ses crédits destinés à rémunérer ses collaborateurs, n'est pas un simple caprice. C'est le préalable nécessaire à l'une de ses missions constitutionnelles qu'est le contrôle de l'exécutif. Pour préserver le principe de

séparation des pouvoirs, les assemblées disposent, comme elles l'entendent, de leurs crédits de fonctionnement. Incriminer l'emploi discrétionnaire de ces dotations serait s'en prendre à l'exercice de la fonction d'un parlementaire, s'attaquer par là-même au principe constitutionnel de l'indépendance des assemblées parlementaires, corollaire de la séparation des pouvoirs. Pour l'exécutif, prétendre contrôler l'utilisation des dotations d'un parlementaire au moyen d'une procédure pénale enfreint donc ce principe. »¹

Une telle argumentation prolonge, en la radicalisant l'opinion précédemment exprimée par un certain nombre d'autres professeurs de droit. D'un côté, on aurait « donné aux juges le pouvoir de faire ou défaire une carrière politique, au mépris du principe de séparation des pouvoirs » et il existerait en outre une distinction à faire entre « le temps de la justice » et « le temps de la politique » pour interdire l'interférence de la justice dans le fonctionnement de la démocratie et donc dans les élections². D'un autre côté, la recherche par la justice de l'effectivité de la collaboration de Mme Fillon constituerait une atteinte à « l'indépendance de l'exercice du mandat parlementaire »³. On toucherait ici, bien que cela ne soit pas dit, à l'immunité conférée aux parlementaires par l'article 26 de la Constitution.

L'appel des professeurs et avocats va bien au-delà de ces simples arguments en utilisant l'expression de « coup d'Etat » qui ne devrait pas, pourtant, être utilisée sans précaution. Malgré la véhémence des propos et la référence aux grands principes, aucun des arguments avancés par ceux qui entendent défendre principalement les principes constitutionnels et accessoirement M. Fillon (à moins que ce soit l'inverse...), n'est véritablement convaincant.

C'est d'abord une bien curieuse conception de la séparation des pouvoirs qui interdirait à la justice de s'intéresser au comportement d'hommes politiques au seul motif qu'ils seraient des parlementaires. Si l'on reprenait cet argument, cela reviendrait à admettre qu'il y aurait une souveraineté parlementaire qui rendrait les assemblées totalement irresponsables, et à l'abri de l'immixtion des juges. Mais le principe de séparation des pouvoirs ne crée pas trois domaines étanches les uns par rapport aux autres. Les meilleurs constitutionnalistes ont bien compris qu'il s'agissait moins d'une séparation des fonctions que d'une collaboration des pouvoirs. De ce point de vue, les professeurs de droit en question semblent oublier la finalité fondamentale d'un tel principe : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »

(*Esprit des Lois*, livre XI, chap. IV). Or, selon la conception de la séparation des pouvoirs proposée par les signataires de l'Appel, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir : il est invité à le laisser passer. On se permettra de rappeler à ces derniers l'existence du très sage principe formulé par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme : « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Encore une fois, on ne voit pas pourquoi un parlementaire, fût-il candidat à l'élection présidentielle, échapperait à une telle disposition. On ne comprendrait pas pourquoi les parlementaires auraient le droit d'allouer discrétionnairement à leurs collaborateurs les dotations parlementaires dont ils bénéficient, sans que personne n'ait le droit de vérifier l'usage qu'ils font de cet argent.

En outre, si l'argument de l'indépendance de l'exercice du mandat parlementaire est plus sérieux, il ne tient pas davantage. Cette indépendance est fixée et complètement déterminée par les immunités dont jouissent les parlementaires en vertu de l'article 26 de la Constitution. Ces immunités ne posent nullement un principe général d'indépendance des parlementaires à l'égard de la justice. Elles constituent au contraire des exceptions au principe selon lequel les parlementaires sont soumis au droit commun et les exceptions s'interprètent strictement,

l'invocation de la séparation des pouvoirs ne pouvant justifier aucune interprétation extensive. La première de ces exceptions fait obstacle à tout engagement de responsabilité pénale ou civile du fait des « opinions et votes » émis par un parlementaire « dans l'exercice de ses fonctions » (art. 26, al.1). A l'évidence elle n'est pas applicable à l'espèce Fillon.

La seconde exception prend la forme d'une inviolabilité qui protège les membres du Parlement contre « toute arrestation ou (...) toute autre mesure privative ou restrictive de liberté » dans la mesure où de telles mesures ne pourraient être prises qu'avec l'autorisation du bureau de l'Assemblée (art. 26 al.2). François Fillon ne fait l'objet d'aucune mesure de ce type et le fait que son bureau a été l'objet, dans les locaux de l'Assemblée nationale, d'une perquisition judiciaire – qui plus est autorisée par le président de cette Chambre – ne constitue pas davantage une telle mesure de privation ou de restriction de la liberté. Rien n'a d'ailleurs interdit à la police d'aller effectuer une perquisition dans les locaux de l'Élysée à l'occasion de l'affaire dite des « sondages ». Un dernier argument a été invoqué : l'existence de précédents jurisprudentiels⁴ desquels il ressort que les juges judiciaires ont déjà eu l'occasion, par exemple d'examiner la licéité du licenciement d'une assistante parlementaire qui avait dénoncé l'emploi fictif de la fille du parlementaire pour lequel elle travaillait, la

Cour de cassation ayant protégé ici la liberté d'expression de la salariée licenciée (*Cass. Soc.*, 29 déc. 2010, n° 09-41543). On reste donc pour le moins perplexe face à l'invocation d'un principe particulièrement imprécis, la séparation des pouvoirs, qui n'a reçu aucune définition prétorienne véritable, qui n'est pas davantage précisé par les défenseurs de la cause de François Fillon, et que l'on voudrait faire jouer pour subvertir les dispositions claires et précises de l'article 26.

Dans cette affaire Fillon, il convient de ne pas inverser les responsabilités et il ne suffit pas davantage d'imaginer des complots. Les faits sont d'une désarmante simplicité : un candidat à l'élection présidentielle élu brillamment aux primaires de la droite sur une ligne dure et moralisatrice, réclamant aux Français de grands sacrifices, est ensuite, l'objet de révélations journalistiques qui, si elles sont avérées, tendraient à montrer que ses actes sont en contradiction avec les principes qu'il proclame. Il a pratiqué le népotisme, comme tant d'autres certes, mais les circonstances ont changé depuis l'époque, par exemple, de François Mitterrand. L'opinion publique ne tolère plus ce qu'elle tolérait auparavant. « La corruption de la République », que dénonçait Yves Mény dans un ouvrage qui n'a hélas rien perdu de son actualité, est devenue insupportable aux citoyens qui n'ont, en ce moment, ni privilèges, ni vie facile.

Ainsi, à en croire les faits rapportés par la presse, M. Fillon n'a pas commis seulement une « erreur », mais bien une « faute » morale. L'argument selon lequel ces comportements n'auraient rien d'illégal, n'est pas non plus suffisant. En effet, les électeurs conservent le droit de ne pas voter pour un candidat dont ils réprouvent la conduite, même si celle-ci ne constitue pas - ce qui reste d'ailleurs encore à démontrer - une faute pénale : cela s'appelle la responsabilité politique. Prétendre le contraire serait admettre que les hommes publics ont le droit de faire certaines choses, mais qu'il est interdit de dire qu'ils les font.

Reste alors ouverte la question de savoir si le vainqueur des primaires de la droite et du centre subira ou non, politiquement, voire pénalement, les conséquences de son comportement. Mais il est, en revanche, certain que l'argument de la séparation des pouvoirs, invoqué pour la défense de François Fillon, ne saurait en aucune manière emporter la conviction.

¹ Italiques dans le texte cité par le site [Atlantico](#).

² Bertrand Mathieu et Hervé Bonard, *Le Figaro* du 1er fév. 2017.

³ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Figaro* du 9 fév. 2017.

⁴ N. Molfessis, *Le Monde* du 16 fév. 2017.

le 23 février 2017

La V^e République et ses métamorphoses

Serge Sur

**Professeur émérite,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Palais de l'Élysée, Paris

© Erwmat CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Le texte publié ici, qui est de la plume du professeur Serge Sur, est un extrait d'un livre à paraître sur les élections présidentielles de 2017 (2017, En battant la campagne - Chronique électorale), aux éditions Dalloz, Collection Les sens du droit. Nous remercions vivement et l'auteur et les éditions Dalloz pour avoir autorisé cette pré-publication. L'intérêt d'un tel texte n'échappera pas aux lecteurs de notre blog.

La V^e République vit dans l'oubli de ses métamorphoses. Des révisions constitutionnelles ont en effet accompagné le régime au long des décennies, parfois mineures, parfois essentielles. Ainsi la Ve conserve peu de points communs avec la république gaullienne, si ce n'est, et c'est l'essentiel, la présidence de la République et le couple Président - Premier ministre. Les Français adorent élire le président au suffrage universel, quitte à lui couper symboliquement la tête ensuite. Mais les réformes successives ont largement contribué à modifier la physionomie et les équilibres des institutions. Si l'on se limite à l'essentiel, les pôles principaux des pouvoirs publics ont été successivement concernés. La présidence, avec le changement de son mode d'élection en 1962, puis avec le quinquennat en 2000. L'Assemblée nationale, avec la réforme de 2008 qui a accru ses pouvoirs de contrôle, et surtout

réduit la possibilité de recours à l'article 49. 3. Il prévoit la possibilité pour le gouvernement de faire adopter sans vote un texte dès lors qu'une motion de censure n'est pas votée à la majorité absolue contre la question de confiance qu'il a posée. Le gouvernement lui-même, par la même réforme, en prévoyant que les ministres quittant le cabinet pouvaient retrouver leur siège parlementaire un mois après leur départ, ce qui atteint frontalement le principe de l'incompatibilité entre fonctions ministérielles et mandats parlementaires. Il faut aussi mentionner, même s'il ne s'agit pas nécessairement d'une révision constitutionnelles, une succession de réformes régionales. Elles ont accru les compétences des régions puis, en 2015, organisé leur regroupement. Plus généralement, des mesures de décentralisation ont renforcé les pouvoirs des élus locaux en les retirant à l'Administration.

Mais l'institution qui a connu les plus grandes modifications est le Conseil constitutionnel. Il a bénéficié d'une ascension institutionnelle qui tient à des réformes textuelles et aussi à sa propre jurisprudence. Initialement il n'était pas conçu pour un contrôle du contenu des lois par rapport à la Constitution, mais seulement pour faire respecter par le Parlement la distinction entre loi et règlement. Trois étapes ont renversé cette conception initiale et placé le Conseil

au cœur de l'Etat de droit. D'abord, le Conseil lui-même, en 1971, a estimé qu'il pouvait déclarer non conformes à la Constitution des lois votées mais non promulguées qui seraient contraires à son Préambule, notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ensuite, la saisine du Conseil, initialement restreinte au Président, au Premier ministre et aux Présidents des deux assemblées, a été étendue, en 1974, à soixante députés ou sénateurs. Enfin, en 2008, la possibilité de saisir le Conseil a été étendue aux juridictions sous forme de question prioritaire de constitutionnalité, de sorte que non seulement la saisine est indirectement ouverte aux particuliers mais qu'en outre le contrôle porte sur des lois en vigueur, qui peuvent ainsi être abrogées, alors que le contrôle précédent ne portait que sur des actes parlementaires, non encore revêtus de force de loi. Le Conseil est ainsi placé au cœur du pouvoir, non plus dans son flux, et sa jurisprudence prend une importance politique décisive. A vrai dire ce n'est pas nouveau et lorsque en 1981 le Conseil s'était opposé aux lois de nationalisation au motif que l'indemnisation n'était pas suffisante, il avait rendu une décision clairement politique.

Cette évolution est en totale rupture avec la vision de la politique du général de Gaulle, la politique comme décision, comme

acte souverain dont le pouvoir ne répond que devant des instances politiques – le peuple par référendum, la question de confiance devant l'Assemblée nationale. C'est le point d'orgue de l'ascension des juges que l'on a relevée, et qui accompagne la montée en puissance d'autres juridictions, notamment européennes. Le Parlement est désormais subordonné à ces juridictions, soit par les juges constitutionnels, soit par les juges européens au nom de l'autorité supérieure des traités par rapport à la loi, qu'il leur revient de mettre en œuvre. Derrière le Parlement, c'est évidemment le gouvernement qui est affecté, puisque la plupart des textes législatifs sont d'initiative gouvernementale. Le Premier ministre voit aussi son autorité atteinte par le retour des ministres démissionnés ou démissionnaires au Parlement, puisqu'ils n'ont pas à être réélus et donc à respecter son autorité. Même, revenus dans les assemblées, ils peuvent librement brocarder, critiquer, combattre le gouvernement dont ils ont fait partie. Le gouvernement Ayrault en a fait les frais. Plusieurs de ses ministres, assurés de retrouver leur siège, l'ont dénigré et défié et donc affaibli. Restriction du domaine de liberté de la décision politique, strict encadrement de la loi, atténuation de l'autorité du Premier ministre tandis que le Président voit la sienne réduite par le quinquennat, voilà quelques conséquences des réformes constitutionnelles.

Plus profondément, l'esprit général du régime a été métamorphosé. D'un Etat d'autorité, voulu par de Gaulle, on est passé à un Etat de droit, dominé par des juges. Or ceux-ci ne doivent de comptes à personne, ils sont indépendants, même s'ils peuvent être soumis à des pressions ou s'ils ont leurs propres engagements et fidélités. Cela est particulièrement visible avec le Conseil constitutionnel, dont les modalités de nomination n'ont pas varié pour répondre à sa montée en puissance. Il reste un groupe de personnes dont le choix par des autorités politiques repose sur des considérations politiques, de sorte que le Conseil, en dehors de décisions purement techniques, est beaucoup plus proche d'une troisième chambre que d'une Cour constitutionnelle. Avec la QPC, on a rétabli la peine de mort pour la loi, une guillotine législative, au profit d'un Conseil composé d'anciens présidents, premiers ministres ou ministres !

Au mieux, ce Conseil est un collègue d'ayatollahs bienveillants, gardien des valeurs de la République. Au pire, il est un obstacle à la décision démocratique, en mesure d'entraver les choix des autorités élues et représentatives. Il est en toute hypothèse une sorte de législateur diffus, qui maîtrise la hiérarchie des normes juridiques sans en être autrement comptable. Ce n'est pas seulement la décision politique que l'on voudrait soluble dans le droit, ce qui est une illusion ou une imposture, c'est au passage la démocratie qui est absorbée

au profit d'une sorte de despotisme éclairé des hommes en noir. Est-ce un progrès ? Chacun peut apporter sa propre réponse, mais le renversement de la République gaullienne, décision libre appuyée sur le peuple est évident, de sorte que l'étiquette Ve République ne recouvre plus la même marchandise. Cet évolutionnisme constitutionnel a facilité au demeurant la survie du régime.

Pour le dire en termes plus pédants mais aussi plus brefs, on est passé d'une constitution décisionnaire à une constitution normativiste. La première met l'accent sur la prise de décision politique et sur son autorité. La seconde repose sur un ensemble de règles qui encadrent les pouvoirs publics et sont soumises au contrôle du juge. Mais alors la justice est investie d'une dimension politique qui devrait lui rester étrangère. On a beaucoup critiqué la formule d'un député socialiste, André Laignel, également juriste, qui avait déclaré en 1981 : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire ». Et pourtant, surtout en matière constitutionnelle, cette formule est exacte. Preuve en sont, aux Etats-Unis, les débats autour de la nomination des juges à la Cour suprême, maîtresse de l'interprétation de la Constitution. Pour les membres du Conseil constitutionnel, leur désignation est particulièrement biaisée et critiquable puisque beaucoup plus directement politique et même partisane.

le 7 avril 2017

Election présidentielle : les illusions du « présidentielisme programmatique »

Bruno Daugeron

**Professeur,
Université Paris Descartes**



Bureau, Palais de l'Élysée, Paris

© Leurent.t CC BY-SA 4.0

blog.juspoliticum.com

La campagne pour l'élection du chef de l'Etat est comme chaque fois un événement politique même s'il est devenu plus médiatique que civique. Si les logiques partisans demeurent malgré les recours aux « primaires ouvertes », la campagne présidentielle est surtout devenue un exercice ritualisé, une sorte de tournée théâtrale quinquennale censée épuiser l'énergie civique des électeurs et l'imagination des candidats. Parmi les figures imposées se trouve l'exigence du candidat à avoir un « programme ». Rien ne semble plus acquis. Ni plus évident. C'est le premier critère journalistique d'évaluation du sérieux d'un candidat, potentiel ou déclaré, au point que tous les prétendants sont sommés d'avoir un avis sur tout, d'être capables de tout prévoir et censés répondre au débotté à n'importe quelle question dans n'importe quel domaine. Il en cuit à ceux d'entre eux qui osent rétorquer que le programme compte moins que la personne ou rappellent le rôle institutionnel du chef de l'Etat qui n'est pas celui de conduire ou même déterminer la politique de la nation et qu'il n'a pas à trancher de tout : à quoi bon alors se présenter à l'élection présidentielle ? Et de fait, dans la logique de ce que l'on qualifie parfois de « présidentialisme majoritaire », pratique politique qui a vampirisé nos institutions parlementaires où le président gouverne par l'intermédiaire du Premier ministre et du Gouvernement avec le soutien

de la majorité de l'Assemblée nationale, c'est là l'évidence même : comment les électeurs pourraient-ils élire au suffrage universel quelqu'un qui n'aurait aucune intention de conduire une politique ni aucun souhait de la faire connaître ? Comment faire confiance à un candidat dont le « projet » ne serait pas « crédible », dépourvu d'orientations stratégiques ou dont les mesures précises qu'il entend prendre voire imposer ne seraient pas « chiffrées » ?

Un point fait donc l'unanimité : il est légitime de savoir ce qu'entend faire celui qui prétend à la fonction réputée la plus importante dans nos institutions puisque le système institutionnel qui en résulte l'impose en fait. Les candidats vont donc à l'essentiel et au plus efficace en déclinant leur programme à la première personne du singulier : « Quand je serai élu, je ferai, je déciderai, je mettrai en place... ». Une logique « programmatique » s'est donc imposée pour l'élection au suffrage universel du chef de l'Etat sous la V^e République et s'est singulièrement développée au fil des élections. Le programme d'un candidat élu est non seulement censé le rendre crédible mais aussi lui servir de charte d'action pour guider la politique de « son » gouvernement soutenu par « sa » majorité parlementaire, tout deux, malgré des tensions toujours possibles, loyalement soumis. François Mitterrand, dans son message au

Parlement du 8 juillet 1981, avait érigé la pratique en une règle institutionnelle non écrite qui s'est durablement imposée même à gauche : « *J'ai dit à plusieurs reprises que mes engagements constituaient la charte de l'action gouvernementale. J'ajouterai, puisque le suffrage universel s'est prononcé une deuxième fois, qu'ils sont devenus la charte de votre action législative* ». De 1974 à 2012 donc, la tendance à cette « programmatisation de l'élection présidentielle » selon l'expression de J. Massot (*L'arbitre et le capitaine*, coll. Champs, Flammarion, 1987, p. 193-195) n'a cessé de se confirmer, les « soixante engagements pour la France » de F. Hollande en étant le dernier exemple en date avant l'élection de 2017 où certains candidats se sont engagés sur des points très précis. Elle a même fini par impliquer qu'un candidat à l'élection présidentielle devait se présenter sur un programme de gouvernement pour paraître à la hauteur de ce que la fonction, et en même temps qu'elle, la campagne électorale, est réputée commander. Programme de plus en plus détaillé en raison de la pression médiatique et du rythme quinquennal qui va jusqu'à pousser les candidats à entrer dans le détail de mesures de plus en plus techniques. L'élection présidentielle ne décide plus depuis longtemps des grandes orientations du mandat d'un monarque surplombant mais va désormais jusqu'au « catalogue de mesures » (N. Bué, « Les candidats à

la présidentielle peuvent-ils se passer de programme ? » *La Croix*, 29 mars 2017, p. 4) pensées pour être réalisées dans le cadre étroit d'un gouvernement de législature. Catalogue qui s'impose aux électeurs qui en élisant un homme sont réputés avoir voté pour son programme. Au point que le « présidentielisme majoritaire » pourrait être qualifié de « présidentielisme programmatique » : c'est le programme ratifié par le suffrage universel qui légitime le candidat et fonde l'action du président. Y-a-t-il de quoi s'en étonner ? Malgré les apparences, oui.

Le premier sujet d'étonnement, constitutionnel, ne mérite guère que l'on s'y attarde : nul juriste n'ignore plus que le président de la République n'a pas – ou peu selon le sujet - les compétences pour mettre en œuvre « son programme » électoral tant il est large, gouvernemental et donc éloigné de ses compétences constitutionnelles de l'article 5 de la Constitution. On pourrait même dire que l'élection du chef de l'Etat devrait permettre de choisir des candidats en fonction de leur aptitude à exercer ses fonctions constitutionnelles : arbitre, gardien et garant, et les conduire à faire campagne sur ces thèmes, et non sur un programme gouvernemental qu'il n'est pas en principe en mesure de mettre en œuvre seul. On mesure l'ampleur du quiproquo même s'il demeure dans l'ombre tant que le chef de l'Etat est

capable de faire émerger une majorité parlementaire à l'Assemblée nationale élue dans son sillage et sur son nom et qu'il qualifie parfois du nom baroque de « majorité présidentielle » pour manifester que son élection détermine l'équilibre parlementaire et non l'inverse. Jusqu'à présent durable et malgré le quinquennat et le calendrier électoral, la conformité de vues pourrait un jour faire défaut et le caractère parlementaire de nos institutions se rappeler à nouveau comme au bon vieux temps de la cohabitation alors que tout est fait pour le faire oublier. Mais ce point institutionnel méconnu du grand public en entraîne d'autres qui, aussi pervers que paradoxaux, peuvent être perçus par tous.

D'abord l'effacement de toute exigence programmatique pour les élections législatives qui ne sont plus que confirmatives d'un programme sinon d'une tendance déjà censée avoir été entérinée par les électeurs : elles ne sont plus destinées qu'à donner au chef de l'Etat le soutien politique qu'exigent des institutions désuetement parlementaires pour des orientations déjà tranchées quelques semaines auparavant. Elles sont faites pour déduire non pour produire une politique. Le soutien tient lieu de programme. Quant au camp défait lors du scrutin présidentiel, il ne prétend pas à autre chose qu'à se borner à être une opposition parlementaire, « constructive » certes selon la formule consacrée, mais

inoffensive car pas désireuse de devenir majorité. Logique mais peu attractif.

Ensuite et surtout cette tendance à exiger la présence d'un programme est inversement proportionnelle à la revendication de sa mise en œuvre comme si cette dernière relevait d'une sorte d'évidence cynique : comme chacun sait les promesses n'engagent jamais que ceux qui les reçoivent et chaque électeur sait confusément que les programmes proposés lors de la campagne présidentielle ne sont pas honorés dans les proportions où ils sont réclamés par les médias sans que cela ne suscite la moindre remise en cause de cette exigence pourtant présentée comme si pointilleuse. Du retournement libéral du président socialiste de 1983 à la déclaration de guerre contre le monde de la finance en 2012 les actions présidentielles n'ont guère correspondu à ce qui avait été annoncé. Si l'on exige des candidats que le programme soit exposé pendant la campagne, on n'attend pas du président qu'il le mette en œuvre et il ne viendra à l'idée de personne, dans le monde médiatique, de se montrer insistant pour qu'il honore l'ensemble de ses engagements ou qu'il renonce à décider de mesures qu'il n'avait pas prévu de prendre. Illogique et décevant.

Enfin, cette exigence programmatique remplit une autre fonction qui peut se révéler fort utile pour le nouvel élu : permettre

que l'on ne débâte pas des engagements présidentiels qu'il a décidé de tenir quand bien même seraient-ils sujets à de vifs débats dans la société. Ainsi de la loi sur le « mariage pour tous » : à quoi bon en débâtre ou exiger un référendum sur cette réforme controversée puisque les Français ont déjà acquiescé à la mesure à travers l'élection du président de la République le 6 mai 2012 ? Le mariage homosexuel n'était-il pas le 34^e engagement du candidat François Hollande ? En votant pour lui, les électeurs auraient voté pour elle. Et la chose peut même aller plus loin : tout point du programme, tout « thème de campagne » aussi vague soit-il voire une simple déclaration faite durant la brigue des suffrages est, dans cette logique, réputée approuvée « par le peuple », l'élection présidentielle valant alors référendum au mépris de tout le processus législatif. Nul n'a oublié l'illustration la plus manifeste de cette dérive : en élisant le président de la République le 6 mai 2007 les électeurs, du simple fait qu'il était évoqué dans son programme, auraient approuvé le principe de l'adoption (parlementaire) d'un traité alternatif mais en réalité très proche au *Traité portant Constitution pour l'Europe* rejeté par référendum le 29 mai 2005. Ici, la pratique devient franchement troublante.

On peut y voir une logique relevant de « l'esprit des consultations » comme il y aurait un « esprit des institutions ». On peut aussi y

déceler une dérive du fonctionnement de nos institutions et de leur raison d'être même : organiser le pouvoir politique entre fonctions et organes de l'Etat. Or, la réduction et la dépendance de tout un système à une élection ne peut engendrer qu'incompréhension sur le rôle de nos organes constitutionnels et déception sur l'action de ses acteurs peu soucieux, jusqu'ici, de tenir leurs engagements. D'autant que si le rôle du Parlement est amoindri celui du corps électoral à travers le référendum n'en sort pas renforcé. L'élection présidentielle doit-elle, sous couvert de donner la parole aux électeurs, la retirer au peuple en ignorant les expressions constitutionnelles de sa volonté ? On peut en douter. Restaurer un équilibre des consultations électorales et établir une hiérarchie dans les modes d'expression des choix collectifs est sans doute le défi institutionnel majeur du prochain mandat présidentiel.

le 22 avril 2017

L'élection présidentielle face à l'imprévu

Olivier Beaud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Élections françaises 2017, Suisse

© Rama CC BY-SA 3.0 fr, CC BY-SA 2.0 fr ou CeCILL

blog.juspoliticum.com

A la veille du premier tour de l'élection présidentielle, dont nul ne pourrait s'aventurer à pronostiquer les résultats, il n'est pas inutile de rappeler certaines règles de droit essentielles à sa bonne compréhension. L'élection présidentielle témoigne en effet de la façon dont le droit et la procédure électorale « encadrent » et « organisent » l'expression de la volonté électorale, qui devient en partie « médiate » en raison de la collaboration d'autres acteurs juridiques. Juridiquement, l'élection est un mode démocratique d'investiture. Les deux notions, quoique voisines, sont bien distinctes. *L'investiture* est l'acte par lequel une personne est chargée d'une fonction officielle. Il peut s'agir d'une élection, mais aussi d'une nomination. L'élection, en revanche est « l'opération par laquelle plusieurs individus ou groupes, formant un collège électoral, investissent une personne d'un mandat » (*Vocabulaire juridique*, Cornu). L'élection au suffrage universel est devenue le mode normal d'investiture dans une démocratie constitutionnelle tandis que le propre des régimes autoritaires est de préférer la nomination.

L'élection est néanmoins ce que les juristes appellent une opération *complexe* : elle est une suite de faits et d'actes qui aboutissent à un résultat, la désignation de l'élu, et à la consécration juridique de l'investiture du

Président. On s'en aperçoit lorsqu'on consulte non seulement les articles 6, 7 et 58 de la Constitution, mais les sources fondamentales du droit de cette élection présidentielle que sont la loi organique incluse dans la loi n°62-1292 du 6 février 1962 (prise par application de l'article 6 de la Constitution) et le décret n°2001-213 du 8 mars 2001.

A l'origine de toute élection présidentielle, il y a un décret « portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République ». En l'occurrence, il s'agit de celui du 14 février 2017, signé par le chef de l'Etat et contresigné, qui a fixé comme première date du scrutin le 19 mai. Les choses se compliquent un peu par la suite. Les particularités du scrutin du 23 avril et 7 mai prochain, les risques d'attentats et la perspective de voir les participants au premier tour n'être séparés que par un nombre restreint de voix, incitent à distinguer, plus que les juristes ne le font habituellement, deux hypothèses : celle d'un déroulement normal (I), et celle d'un scrutin qui ne déroulerait pas de manière classique ou attendue (II).

I. L'hypothèse du déroulement normal de l'élection présidentielle

La complexité de l'opération électorale se devine à la seule lecture du plan du décret précité du 8 mars 2001, qui prévoit quatre

étapes fondamentales : « *déclarations et candidats* » – il faut comprendre désignation officielle des candidats, « *campagne électorale* », « *opérations électorales* » et enfin « *contentieux* ». Cette division quadripartite peut d'ailleurs induire en erreur car la partie sur les opérations électorales se conclut par l'étape doublement décisive du recensement des votes et de la proclamation des résultats. Or, comme on le verra, les résultats ne peuvent être proclamés qu'une fois les réclamations contentieuses tranchées.

L'élection commence par la procédure de sélection des candidats, connue sous le nom de parrainage, mais qui est en réalité une procédure de *présentation*. Prévues dès 1962, les conditions de présentation ont été durcies en 1976 (loi organique n°76-528 du 18 juin 1976), le nombre de soutiens nécessaires étant alors passé de 100 à 500 élus. La loi organique du 25 avril 2016 « de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle » a rendu obligatoire la publication du nom des « parrains » et a permis à ceux-ci d'envoyer leur soutien directement au Conseil, sans passer par un parti politique. Dans cette question de sélection des candidats « autorisés », le Conseil constitutionnel joue un rôle décisif. Il établit non seulement la « liste des citoyens habilités ayant présenté des candidats à l'élection du Président de la République » (Décision du 6 avril 2017, n°2017-168 PDR),

mais fixe la liste définitive des candidats ayant passé le filtre des parrainages (Décision n°2017-165 PDR du 18 mars 2017). La liste des candidats « officiels » – ils sont au nombre de onze cette année – est publiée « au plus tard le troisième vendredi [5] précédant le premier tour de scrutin » (art. 7 d. 2001)¹.

Une lourde machinerie institutionnelle s'avère ainsi nécessaire à la rencontre des élus et des électeurs. Une certaine distance existe entre le droit théorique à être *éligible* à la fonction de Président de la République et la faculté pratique de devenir un candidat « habilité », « apte à faire campagne et apte à recevoir des suffrages ». La même lourdeur caractérise d'ailleurs le passage de la candidature à l'élection, qui suppose à la fois campagne et opérations électorales. Enfin, à l'opération matérielle du vote succède la phase plus juridique de *qualification* des votes, celle sur laquelle nous aimerions ici nous concentrer et qui accorde une place centrale aux fonctions non contentieuses du Conseil constitutionnel.

Selon la loi organique du 6 février 1962, « *Le Conseil constitutionnel arrête et proclame les résultats de l'élection qui sont publiés au Journal officiel de la République française dans les vingt-quatre heures de la proclamation (...)* ». La proclamation des résultats par le Conseil constitutionnel rend donc l'élection parfaite, juridiquement

parlant. On trouve ainsi dans les décisions de proclamation (répertoriées sur le site du Conseil constitutionnel avec le sigle PR) la formule rituelle suivante : « *Qu'ainsi M. X. a recueilli la majorité absolue des suffrages exprimés requise pour être proclamé élu ; En conséquence, **Proclame**: M. X Président de la République française (...)* ». Il y a ici de l'acte performatif dans l'air : le Conseil n'arrête pas, pas davantage qu'il ne décide. Il « *proclame* » élu le nouveau Président de la République. Cela ne signifie pas que le Conseil constitutionnel se substitue au peuple pour faire du candidat désigné le nouveau Président ; il n'a pas le pouvoir de modifier la décision du peuple. Son pouvoir se limite à déclarer valide une telle décision. Après avoir effectué cette constatation, il la prolonge par une déclaration, mieux par une *proclamation*. A quelques égards, la proclamation de l'élection du Président par le Conseil équivaut à la promulgation de la loi par le chef de l'Etat.

L'article 29 du décret d'application de 2001 fixe un délai de proclamation officielle : « *Le Conseil constitutionnel proclame les résultats de l'ensemble de l'élection dans les dix jours qui suivent le scrutin où la majorité absolue des suffrages exprimés a été atteinte par un des candidats* ». Cette contrainte oblige les autorités compétentes à fixer les deux tours des élections en fonction de sorte que l'investiture du nouveau Président ait

lieu avant la fin de cessation du président en exercice. La brièveté de ces 10 jours de délai suppose un règlement rapide des réclamations contentieuses. Toutefois, on peut se demander si une telle règle serait toujours applicable dans l'hypothèse d'un litige sérieux sur les opérations électorales nécessitant une enquête étendue.

La proclamation du Président comme étant élu ne signifie pas nécessairement qu'il soit investi le jour même de cette proclamation. Il faut ici distinguer proclamation et moment de l'investiture. Comprendre un tel problème suppose de faire au préalable un détour par la question de la durée du mandat présidentiel. Depuis l'adoption du quinquennat en 2001, le Président de la République est élu pour une durée de cinq ans, selon l'article 6 de la Constitution. Le problème est qu'aucun texte ne fixe la date de cessation de son mandat, comme le regrettait déjà le rapport du Comité Vedel. Afin de connaître la durée exacte de fin de mandat, il faut donc se reporter à la date d'investiture du Président en exercice et appliquer la durée des 5 ans. Par exemple l'actuel Président, M. Hollande, fut élu par les électeurs le 6 mai 2012, proclamé Président le 10 mai 2012 et *investi* le 15 mai 2012². Son mandat s'achèvera le 14 mai 2017 à minuit. Cet exemple démontre que la date de la proclamation et celle de l'investiture sont distinctes. Pourquoi ? N'a-t-on pas vu

que la proclamation faisait de l'élu le chef de l'Etat et devrait valoir juridiquement comme investiture ? Il apparaît pourtant à l'examen des diverses décisions de proclamation que le Conseil constitutionnel peut moduler la date effective de l'investiture.

De 1962 à 1974, la proclamation du Conseil constitutionnel n'indiquait pas de date d'investiture, le Conseil se contentant de « *proclamer* » X ou Y Président de la République, sans autre précision. La première rupture intervient en 1981 lorsque le Conseil constitutionnel « *proclame François Mitterrand Président de la République française à compter de la cessation des fonctions de M. Valéry Giscard d'Estaing, laquelle, en vertu de l'article 6 de la Constitution, aura lieu, au plus tard, le 24 mai 1981, à zéro heure.* » Par la suite, aucune proclamation du Conseil constitutionnel n'oubliera de mentionner la date effective de l'investiture. La formule utilisée en 1981 – « *à compter de la cessation des fonctions de M. Y (...)* » – devient même la formule standard : elle est répétée lors du premier mandat de M. Chirac (en 1995) et lors des élections de MM. Sarkozy et Hollande. Elle ne connaît que deux exceptions assez anodines³.

La lecture exhaustive de toutes les proclamations officielles conduit à s'interroger sur le cas singulier de 1974. M. Giscard

d'Estaing avait été investi le 27 mai 1974, après accord avec M. Poher, le Président intérimaire. Sept ans après, le Conseil constitutionnel considère dans sa Proclamation du 15 mai que son successeur, M. Mitterrand, deviendra Président « *au plus tard* » le 24 mai 1981. En réalité, l'investiture du Président socialiste eut lieu le 21 mai 1981, trois jours donc avant la date officielle de cessation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel s'est donc arrogé le pouvoir de modifier la date d'investiture de M. Giscard d'Estaing. Il l'a fait reculer de trois jours en considérant que la date de proclamation des résultats de l'époque, le 23 mai 1974, était la date d'investiture effective.

L'étude des décisions de proclamation des résultats de l'élection présidentielle par le Conseil constitutionnel contient un triple apport. Elle montre tout d'abord que la proclamation est, juridiquement parlant, l'acte d'investiture du Président de la République. En étant proclamé tel par le Conseil, le vainqueur du scrutin devient officiellement le Président de la République. Il convient néanmoins de distinguer investiture et investiture effective. En effet, second apport, le Conseil peut *moduler* la date d'investiture en précisant que le vainqueur de l'élection sera investi à compter d'un jour donné qui sera « *au plus tard* » le jour de la cessation des fonctions de l'ancien Président. La date de proclamation et la date d'investiture sont donc dissociées depuis

1981. Le troisième apport est que le Conseil ne fixe pas une date ferme, mais se borne à citer une date-butoir qui est la date officielle de cessation des fonctions. La proclamation fixe un intervalle de temps au cours duquel l'investiture et la désinvestiture auront lieu. Il en résulte une marge de manœuvre pour les acteurs, qui peuvent s'entendre pour convenir d'une date plus rapprochée. En 1974 et 1988, les parties en présence (Poher/VGE et VGE/Mitterrand) ont anticipé sur la date-butoir et ont donc raccourci la durée du mandat présidentiel de quelques jours. Une telle pratique peut sembler *contra legem*, car il est dérogé par accord entre parties à la règle constitutionnelle de la durée du mandat. D'ailleurs si l'ancien Président veut aller jusqu'au bout de son mandat, et épuiser ses cinq années, jusqu'au dernier jour, personne ne peut le contraindre à quitter la présidence.

Jusqu'à présent, la description de l'élection présidentielle a été celle du cas normal. L'élection peut toutefois ne pas se dérouler comme prévu, soit en raison d'aléas de campagne, soit en raison de recours contentieux.

II. Les hypothèses de déroulement anormal des élections présidentielles

Guy Carcassonne a joliment caractérisé comme des « *aléas de campagne* »⁴ ces cas

énumérés à l'article 7 de la Constitution (al. 6, 7 et 8). Ils correspondent à trois hypothèses distinctes qui nécessiteraient soit un report des élections soit, carrément, une nouvelle élection. Le premier cas est celui dans lequel un candidat ayant publiquement annoncé sa candidature serait empêché ou décéderait dans la semaine qui précède la fixation de la liste définitive des candidats. Le Conseil constitutionnel peut alors « décider de reporter l'élection », conservant ainsi un large pouvoir d'appréciation. Cette hypothèse d'un constat d'empêchement a été soulevée par certains juristes⁵, lorsque sont apparues les révélations concernant l'un des candidats, M. Fillon. Sans guère convaincre, il faut bien l'avouer.

L'autre aléa de campagne est double, selon que l'empêchement ou le décès se passe dans la semaine précédant la date limite du dépôt de présentation des candidats ou bien dans l'entre deux tours. Dans la première hypothèse, le Conseil n'a désormais plus le choix : il « **reporte l'élection** ». Dans la seconde hypothèse, où l'un des deux « finalistes » du second tour est empêché ou décède, la conséquence est plus drastique : « le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ». Il faut dès lors recommencer entièrement l'élection présidentielle avec une nouvelle convocation des électeurs et tout ce qui en découle. On

notera dans ces deux dernières hypothèses, que le Conseil doit constater l'empêchement éventuel d'un candidat ; de ce point de vue, il récupère nécessairement une faculté d'appréciation.

Après les aléas de campagne, on relèvera ce qu'on appellera les *aléas contentieux*. Le Conseil constitutionnel « examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin » (art .58). En outre, d'après la loi organique du 6 février 1962 « *le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum par les articles 46, 48, 49, 50 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.* » (article 3, §III). Cette dernière disposition prouve que le législateur organique a déclaré que le régime relatif au contrôle du référendum s'appliquait, par analogie, au contrôle de l'élection présidentielle.

En toute logique, ce contrôle de la régularité de l'élection présidentielle précède la proclamation des résultats. La question contentieuse ne suscite guère, en général, la curiosité des juristes. Ainsi, la [Note](#) qui résume les dix étapes de l'élection présidentielle, et qui figure sur le site du Conseil constitutionnel, considère que ni au premier tour, ni au second

tour la question des réclamations contentieuses n'aurait d'impact sur le déroulement de la proclamation des résultats. Il y est d'ailleurs noté que le second tour aura lieu le 7 mai 2017 et que, le jeudi 11 mai (« date probable, et non encore arrêtée »), le Conseil prendra sa décision « établissant les résultats de l'élection présidentielle et proclamant le nouveau Président de la République ». Mais ne peut-on pas imaginer un grain de sable qui enrayerait cette belle mécanique ? C'est celui que Guy Carcassonne avait soulevé dans son *Commentaire* de la Constitution : « jusqu'à présent aucune difficulté grave n'a surgi dans une élection présidentielle. [Mais] [l]e jour où un écart infime séparerait les deux candidats finalistes (ou le deuxième et le troisième au premier tour), laissant planer un doute sur le nom du vainqueur ou du sélectionné légitime, le juge (...) choisirait sans doute d'annuler les opérations afin de la recommencer »⁶.

Or, une telle hypothèse, qui pouvait sembler totalement irréaliste en 2011, ne l'est plus aujourd'hui. On peut en effet envisager, au lendemain du 23 avril 2017, premier tour de scrutin, à la fois la perspective d'un écart très faible entre les trois premiers candidats du premier tour et celle de la survenance d'incidents – électoraux ou autres – pouvant entacher la régularité de l'élection. La question se poserait alors de savoir si le Conseil constitutionnel pourrait ou non annuler les

élections, et ne pas se contenter seulement de rectifier les résultats dans tel ou tel bureau de vote.

On voudrait ici défendre la thèse d'une annulation totale de l'élection. Bernard Malignier l'a fait avant nous, en invoquant la lettre de l'article 50 al. 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958⁷. Cet article dispose en effet que « dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle. » Ainsi, le Conseil constitutionnel a le pouvoir discrétionnaire de choisir entre trois options. L'option radicale de l'annulation totale de l'élection est donc une possibilité que le juge électoral, avec son réalisme froid, peut utiliser s'il constate un écart de voix si infime que les irrégularités altèrent la sincérité du résultat électoral. En outre, on peut aussi tirer argument du décret d'application du 21 février 2001 qui distingue entre l'électeur et le candidat en ce qui concerne la réclamation contentieuse. D'un côté, « tout électeur a le droit de contester la régularité des opérations en faisant porter au procès-verbal des opérations de vote mention de sa réclamation. » (art. 30, al.1) et, d'un autre côté, « tout candidat peut également, dans le même délai de quarante-huit heures,

déférer directement au Conseil constitutionnel *l'ensemble des opérations électorales*. » (art. 30, al. 3). Il faut donc en déduire qu'un candidat vaincu peut réclamer l'annulation de la totalité des opérations électorales. Hypothèse improbable, rétorquera-t-on ? Mais les recueils de jurisprudence sont remplis de décisions résultant d'événement improbables.

Nota : l'auteur voudrait exprimer tous ses remerciements à Cécile Bargues pour sa précieuse relecture de la version initiale

¹ Evidemment, le Conseil constitutionnel statue à chaque fois sur les réclamations afférentes à cette sélection qui peut indisposer ceux qui n'ont pas obtenu les parrainages nécessaires.

² Au cours de cette journée d'investiture, le Président signe un « Procès-verbal d'investiture ». C'est l'équivalent pour le fonctionnaire qui signe un procès-verbal d'installation. Cette signature ne vaut pas investiture.

³ En 1998, un paragraphe est ajouté après proclamation : « Conformément à l'article 6 de la Constitution, le mandat de Monsieur François MITTERRAND prendra effet le 21 mai 1988 à 0 heure. » et en 2002, Jacques Chirac est proclamé Président « de la République française à compter du 17 mai 2002 à 0 heure ». Cela s'explique probablement par le fait que le Président, dans chaque cas, se succédait à lui-même.

⁴ *La Constitution*, 10ème édition, Paris, Seuil coll. Points, 2011, p. 75.

⁵ Pascal JAN, « Le traitement du "Penelopegate" menace la démocratie », 7 février 2017.

⁶ Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, op.cit., n°381, p. 284-285.

⁷ Bernard MALIGNIER, « La nature et les limites des fonctions contentieuses du Conseil constitutionnel en matière d'élections présidentielles », in A. LEVADE, B. MATHIEU, D. ROUSSEAU (dir.), *L'élection présidentielle*, Paris, Dalloz, 2012, p. 139.

le 2 mai 2017

Paysage après la bataille : V^{ème}, VI^{ème} ou IV^{ème} République ?

Jean-Marie Denquin

**Professeur,
Université Paris-Nanterre**



Place de la République, Paris

© Coyau / Wikimedia Commons

blog.juspoliticum.com

Bien que le processus d'élection du Président de la République ne soit pas achevé et que les élections législatives soient encore à venir, les observateurs de la vie politique française ont déjà diagnostiqué, au terme de la grande bataille du premier tour, un bouleversement complet du régime. C'est aller vite en besogne, car tout est encore possible. Pourtant ce pronostic n'apparaît pas manifestement déraisonnable. Aussi n'est-il pas trop tôt pour poser certaines questions, même s'il serait prématuré d'y répondre. Mais cela suppose d'identifier les véritables problèmes. Deux observations, d'ailleurs liées, semblent s'imposer : le discrédit des primaires et les conséquences institutionnelles que l'évolution des forces politiques pourrait entraîner.

Le premier point n'est qu'une demi-surprise : on avait ici même exprimé, au mois de février dernier, un scepticisme non dissimulé sur les bienfaits des primaires (JP Blog, 6 février 2017, « [Le mythe des primaires](#) »). On avait même risqué l'hypothèse, déjà possible, maintenant avérée, d'un deuxième tour dont se verraient exclus les deux vainqueurs de celles-ci, c'est-à-dire les représentants des deux forces politiques qui gouvernent ce pays depuis un demi-siècle. Même si d'autres phénomènes ont contribué à cette double déroute, il n'est pas douteux que le recours à cette procédure a joué un rôle majeur dans celle-ci. Le phénomène

est bien connu au États-Unis : la sensibilité des électeurs qui se déplacent pour voter aux primaires est en décalage par rapport à l'électorat potentiel de chaque parti, si bien qu'un candidat qui séduit le plus les uns est souvent celui qui séduira le moins les autres. Toutefois, dans le contexte américain, les risques que ce mécanisme fait courir au système politique se trouvent minimisés par le fait que la compétition oppose seulement deux partis : inévitablement le candidat qui apparaît moins radical que l'autre l'emporte – du moins jusqu'à l'élection de Trump. En France au contraire, l'offre est plus variée. L'élection à deux tours, le multipartisme, les combats de chefs, sans compter les révélations embarrassantes pour certains d'entre eux, peuvent conduire à la qualification au second tour de deux candidats radicaux. Cette hypothèse fragilise doublement les vainqueurs des primaires : ils affrontent, sans garantie de l'emporter, des candidats encore plus à droite ou plus à gauche qu'eux-mêmes, et la crainte d'un affrontement entre les extrêmes au tour décisif conduit à des votes par défaut, mais stratégiques et rationnels. En l'absence de primaires, la perspective du duel final favorisait la bipolarisation mais défavorisait les extrêmes des deux camps, car l'élection se jouait au centre. Les primaires, en favorisant les extrêmes, font paradoxalement gagner le centre et non le candidat le plus modéré des camps affrontés.

Faut-il s'en réjouir ? Oui, sans réserve, si l'on considère à quoi ce réflexe de bon sens permet d'échapper. Mais si l'on envisage les répercussions du phénomène sur le régime politique ? La réponse est délicate, car celles-ci ne se limitent pas à modifier le jeu qui préside à la désignation du Chef de l'État. Elles ont des incidences, qui peuvent s'avérer considérables, sur l'ensemble du système institutionnel. Un auteur très décrié a fait sur ce point une remarque fort pertinente. (Il serait politiquement correct d'ajouter ici : pour une fois). François Hollande, en effet, a observé que « la primaire est totalement antinomique de la fonction présidentielle. Il est impossible d'être président et en même temps candidat. » Il en conclut qu'« il ne doit plus y avoir de primaires dans les partis de gouvernement. Sinon il n'y aura bientôt plus de partis de gouvernement dans ce pays. » (*Le Point* du 13 avril, cité par *Le canard enchaîné* du 19). Le premier point pourrait être relativisé, car un président qui aurait satisfait son électorat (la chose arrivait jadis, parfois) ne risquerait pas plus qu'aux États-Unis d'être la victime d'une surenchère idéologique. Le second point, en revanche, touche au fond de la question. Car un parti de gouvernement doit être susceptible, pour justifier ce titre, de gagner les élections. Or, l'expérience l'a montré, les primaires ne sont pas seulement des machines à perdre les élections présidentielles : elles sont aussi des machines à diviser les partis politiques.

Ces observations conduisent à considérer la question sous un nouvel angle. L'auteur de ces lignes répète depuis trente ans – sans grand écho, mais une idée simple s'impose difficilement dans le barnum politico-médiatique, surtout si elle est juste – que ce qui a fait la V^{ème} République ne fut pas l'élection du Président au suffrage universel mais l'apparition d'une majorité parlementaire. De Gaulle, il est vrai, disait le contraire. Mais le Général, qui était un politique réaliste, était un juriste romantique : il croyait, avec le sens commun, que le droit crée le fait. En outre, il ne faut pas l'oublier, un mode de scrutin se décrète alors qu'une majorité se constate. On sait comment faire l'un, non comment faire l'autre. L'apparition totalement imprévue, en 1962, d'une majorité parlementaire docile a fait du chef d'État français, à la différence du Président américain, le maître du législatif comme de l'exécutif. Par là se trouvait créé un fait de structure, qui transcendait le prestige personnel des acteurs et les tragédies de la conjoncture. Autrement dit il devenait possible à un individu quelconque, sans De Gaulle ni Algérie, de s'improviser hyperprésident : comment demeurer arbitre quand on réunit en ses mains quasiment tous les pouvoirs ? Les cohabitations ont vérifié *a contrario* cette analyse : le fait majoritaire prévaut sur le droit présidentiel.

Affirmer le caractère central du phénomène majoritaire dans le fonctionnement du régime depuis 55 ans ne doit cependant pas conduire à sous-estimer la portée des facteurs institutionnels. Car ceux-ci ont favorisé indirectement l'apparition et la consolidation du phénomène. Celui-ci est né d'un clivage binaire, pour ou contre le Président de la République. Le premier alinéa de l'article 7, qui limite à deux le nombre des candidats habilités à se présenter au second tour, fut un facteur puissant de bipolarisation : chaque camp devait disposer d'un candidat unique et, si cet idéal n'était pas accessible, d'une coalition potentielle, condition *sine qua non* du succès. Comme d'autre part les majorités parlementaires se formaient autour du Président élu, parfois contre lui, mais toujours par rapport à lui, partis ou coalitions devaient rester unis le temps de la législature. Les vainqueurs avaient un intérêt vital, collectivement et individuellement, à préserver leur cohésion : la dissidence provoquait à coup sûr la marginalisation.

Or cette loi non écrite a volé en éclats sous le quinquennat de François Hollande. Les forces centrifuges l'ont emporté et les primaires ont donné le coup de grâce : la fronde était un boomerang. Mais il serait simpliste de voir dans cet épisode une simple conséquence d'erreurs tactiques individuelles. Il traduit plus profondément le désarroi de l'opinion publique face à une crise multiforme et sans

autre alternative, du moins pour d'instant, que l'aventurisme, présenté sous des emballages variés, mais toujours décevant au mieux, au pire suicidaire. D'où un émiettement de l'opinion publique, un écartèlement des forces politiques entre radicaux et modérés, qui en viennent à s'opposer plus féroce ment entre eux qu'aux adversaires supposés communs. Ainsi se recompose, ou du moins s'esquisse un paysage non plus bipolarisé mais multipolarisé. Les institutions de la V^{ème} République avait imposé un système de partis. Celui-ci, ébranlé déjà par l'émergence du Front national, n'est-il pas en train d'exploser ? Et par un processus inverse du précédent, ce système de partis nouveau ne va-t-il pas transformer les institutions ? Une assemblée sans majorité ne pourrait fonctionner que sur la base de coalitions conjoncturelles, précaires, négociées entre des partis redevenus seuls maîtres du jeu et dont la fragilité même rendrait paradoxalement au Parlement la maîtrise du système. Une majorité définie par référence à une personnalité extérieure à lui en dépend nécessairement. Des majorités variables mais endogènes, constituées et modifiées discrétionnairement en son sein, referaient vite de lui le centre du pouvoir. Le Président, bien qu'élu au suffrage universel, ne pourrait que constater ce phénomène et cohabiter avec ces majorités successives – ni capitaine, ni arbitre, mais spectateur : seule la loge demeurerait présidentielle.

Faut-il en conclure que la VI^{ème} République est en marche ? Il ne semble pas que cette perspective ait mobilisé les foules. Le succès indéniable, mais pas triomphal, qu'a connu Jean-Luc Mélenchon paraît dû plutôt à une profonde détresse sociale qu'à un ardent désir de renouvellement constitutionnel. Son discours témoigne certes d'un retour à une problématique traditionnelle en France, mais quelque peu occultée depuis des années, l'idée selon laquelle un changement de régime constitue une condition nécessaire, sinon suffisante, de toute action efficace. Pourtant l'atmosphère paraît très différente de celle qui régnait en 1958. La critique du système est à la fois plus profonde, multiforme, et plus vague, en ce qu'elle ne cible pas spécifiquement les institutions françaises mais l'état du monde en général. L'idée de Constituante n'a d'ailleurs suscité, semble-t-il, qu'un enthousiasme modéré parmi les foules. Il est vrai que quatre des six Constituantes (en comptant la Convention) qu'a connues la France ont engendré des systèmes qui n'ont pas vécu, une était monarchiste avant de faire une République et la sixième accoucha d'un texte rejeté par référendum... Quant au débat sur la possibilité de recourir à l'article 11 pour convoquer une telle assemblée, il est apparu académique et mal posé. La question n'était en effet pas de savoir si l'on peut user en droit d'une telle procédure, puisqu'on l'a fait et que l'ensemble du régime politique tel qu'il

fonctionne procède de cet usage. La question est en revanche de savoir si on le referait, autrement dit si un nouveau Président en prendrait l'initiative, sur proposition du Gouvernement durant la durée d'une session, et si un juge censurerait ou non ce décret. Question de conjoncture politique, autrement dit de rapport de forces, qui ne pourrait être concrètement posée que dans une configuration concrète et sur laquelle toute spéculation théorique demeure, en l'absence de contexte, condamnée à l'arbitraire.

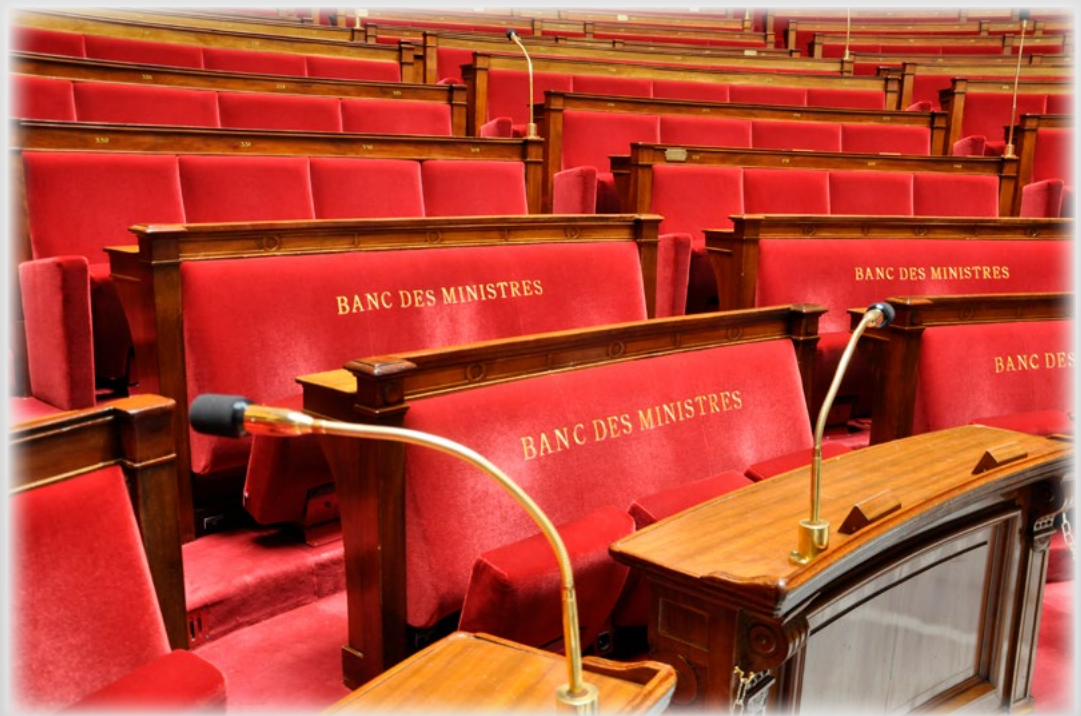
On peut donc observer que, comme il était d'ailleurs prévisible, la V^{ème} République l'a encore emporté sur la VI^{ème}. Mais n'est-ce pas une victoire à la Pyrrhus ? Les considérations précédentes peuvent conduire à penser que le match risque d'être arbitré par la IV^{ème}. Le régime de la V^{ème} République a montré ses inconvénients. Mais, par lassitude, revenir purement et simplement au passé pour bénéficier à nouveau des inconvénients inverses est-il un progrès ? Sommes-nous condamnés à choisir entre l'hyperprésidence, arrogante, inefficace, irresponsable d'une part ou, d'autre part, un retour à l'instabilité gouvernementale et à la souveraineté du Parlement, qui sont l'avertissement et le revers d'une même médaille ? Le second tour des prochaines élections législatives est fixé au 18 juin. Date ambiguë : Appel ou Waterloo ?

le 20 mai 2017

La conformité déontologique, critère supplémentaire de sélection des membres du gouvernement

Jean-François Kerléo

**Maître de conférences,
Université de Lyon 3**



Bancs des ministres, Assemblée nationale, Paris

© Benoit-caen CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

En conditionnant la nomination des ministres au contrôle du respect de leurs obligations fiscales et déontologiques, le Président de la République intègre dans le fonctionnement des institutions une nouvelle pratique de présélection des gouvernants qui ne dispose d'aucun fondement juridique précis. L'efficacité de ce contrôle, au regard du délai particulièrement brefflaissé aux autorités qui en ont la charge et de la situation de conflits d'intérêts dans laquelle se trouvent déjà certains ministres nommés, apparaît encore assez douteuse.

Le report de 24 heures de l'annonce de la composition du nouveau Gouvernement serait dû à l'impératif de contrôle du respect, par les heureux impétrants, de leurs obligations fiscales et de l'absence de conflit d'intérêts. Cette situation a maintenu l'anonymat des futurs ministres (sauf pour la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) et l'administration fiscale) afin de garantir le secret fiscal, et probablement d'éviter un affront public en cas d'incompatibilité, ce qui a provisoirement retardé leur nomination par le Président de la République (art. 8 de la Constitution). Un communiqué de presse de la présidence a déclaré à ce titre que « Conformément à ses engagements de moraliser la vie publique, le Président

de la République, en lien avec le Premier ministre, a souhaité introduire un temps de vérification afin que la direction générale des Finances publiques et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique puissent réaliser les diligences nécessaires ». Plutôt que d'y voir une manœuvre cherchant à cacher les difficultés à établir la composition du Gouvernement, comme se sont empressés de l'imaginer l'opposition et la presse, il convient de mesurer le sens d'une telle pratique au sein de l'organisation des pouvoirs.

Cette vérification préalable des obligations déontologiques n'est pas vraiment inédite puisqu'elle avait déjà été opérée, durant le quinquennat précédent, à l'occasion d'un renouvellement ministériel. Toutefois, elle n'a jamais été appliquée à un Gouvernement dans son ensemble – on ne sait d'ailleurs pas si le Premier ministre était lui-même concerné. Derrière ce contrôle plane l'ombre de « l'affaire Thévenoud », du nom du ministre qui a démissionné neuf jours après sa nomination en raison d'une « phobie administrative » qui l'empêchait de déclarer ses impôts. Afin d'éviter une déconvenue de ce type que seul le contrôle de la HATVP avait permis d'éviter, la situation des ministres pressentis est passée au crible d'une déontologie désormais érigée en critère de sélection des membres du Gouvernement. Toutefois, ce contrôle va bien au-delà du souvenir de l'affaire précédemment

citée et semble maintenant s'inscrire dans les pratiques de la Ve République.

Un tel contrôle est d'autant plus justifié que le Président de la République a nommé des personnalités de la société civile dont les fonctions actuelles peuvent les placer dans une situation de conflits d'intérêts. La déontologie prend ici un sens nouveau dès lors qu'il s'agit de vérifier que de telles personnalités, et non des élus de longue date dont les multiples mandats leur auraient fait oublier certains principes élémentaires, ne se trouvent pas en position de conflits d'intérêts vis-à-vis de leur futur mandat. La philosophie sur laquelle reposaient les lois du 11 octobre 2013, adoptées consécutivement à « l'affaire Cahuzac », se trouve en quelque sorte inversée puisqu'il s'agit moins d'examiner ici la compatibilité d'un mandat avec certains intérêts pris en cours de route, ou des comportements simultanément adoptés par les élus, que d'apprécier la conformité des « intérêts quotidiens » vis-à-vis d'un futur mandat politique. La situation est donc originale à la fois par l'instauration d'un contrôle préalable et du fait des contrôlés eux-mêmes qui, n'étant pas des « professionnels de la politique », légitiment ainsi l'antériorité du contrôle par rapport à la nomination.

Cette procédure de contrôle repose vraisemblablement sur la loi ordinaire du

11 octobre 2013, qui a imposé aux ministres de déposer une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts auprès de la HATVP, qui se charge de les contrôler puis, le cas échéant, de les mettre en ligne. Ce texte prévoit un contrôle postérieur à la nomination puisque, selon son article 4, les membres du Gouvernement adressent leurs déclarations à cette autorité dans les deux mois de leur nomination. En revanche, la loi de 2013 ne contient aucune disposition relative à un contrôle antérieur à la nomination, en raison sans doute des difficultés de coordination entre les impératifs politiques (démission subite, remaniement ministériel, nomination tardive, etc.), parfois contraints par un *timing* très serré, et l'efficacité du contrôle déontologique opéré par la HATVP et l'administration fiscale, qui exige du temps (24 heures ne garantissant pas un contrôle très fiable). Le législateur avait donc fait primer, lors de l'adoption du texte, la décision politique de nomination, laquelle incluait implicitement un contrôle sur les capacités générales à assurer la fonction concernée, sur la décision administrative, que l'on pourrait qualifier de « déontologique », qui se trouvait reléguée au second plan.

Il faut se reporter à l'article 9 de la loi de 2013 pour trouver un éventuel fondement à ce contrôle préalable. Il s'agit d'un article issu de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi SAPIN 2 (art. 33). Par conséquent,

ce dispositif n'existait pas encore lors de la première vérification préalable effectuée à l'occasion du remaniement ministériel de février 2016 ; on peut supposer que ce texte se contente d'enregistrer cette nouvelle pratique. L'article, qui organise une nouvelle procédure placée sous le contrôle de la HATVP, énonce ainsi que « Tout membre du Gouvernement, à compter de sa nomination, fait l'objet d'une procédure de vérification de sa situation fiscale (...) au titre de l'impôt sur le revenu et, le cas échéant, de l'impôt de solidarité sur la fortune ». Rien ne justifie alors, à la lecture de ce texte, l'attente de la nomination pendant la vérification, puisque le contrôle s'effectue « à compter de sa nomination ». Or, la vérification de la HATVP et de l'administration fiscale est opérée en amont afin de prévenir une incompatibilité et, le cas échéant, d'écarter la nomination d'une personnalité pressentie. La pratique de la vérification préalable va donc au-delà de la lettre du texte.

En se reportant à d'autres dispositifs, notamment à l'article 20 de la loi de 2013, on n'est pas plus avancé sur le fondement juridique de cette pratique. D'une part, la HATVP peut répondre aux demandes d'avis qui lui sont adressées par les membres du Gouvernement sur des questions d'ordre déontologique qu'ils rencontrent dans l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions (3^e de l'article 20). D'autre part, à la demande

du Premier ministre ou de sa propre initiative, la HATVP peut émettre des recommandations pour l'application de la loi de 2013, « qu'elle adresse au Premier ministre et aux autorités publiques intéressées qu'elle détermine. Elle définit, à ce titre, des recommandations portant sur les relations avec les représentants d'intérêts et la pratique des libéralités et avantages donnés et reçus dans l'exercice des fonctions et mandats » (5^e de l'article 20). Si elles se rapprochent de la situation ici étudiée, ces deux hypothèses ne l'expliquent pas pleinement puisque la saisine du Premier ministre, ou d'un ministre, ne peut intervenir qu'une fois le Gouvernement nommé. Par ailleurs, l'hypothèse d'une auto-saisine de la HATVP est exclue – comment cette autorité pourrait-elle en effet avoir la volonté de se saisir de quelque chose (conflit d'intérêts principalement) qui ne peut encore exister en raison de l'absence de nomination ? La loi de 2013 n'envisage pas cette pratique de prévention des conflits d'intérêts qu'implique le contrôle préalable.

Il ressort de ce tour d'horizon qu'aucune disposition législative ne correspond pleinement à l'hypothèse de contrôle préalable des obligations fiscales. Le Président n'a aucune compétence pour enjoindre la HATVP, ou l'administration (c'est le Premier ministre qui en dispose et non le Président), de procéder à ce contrôle fiscal, tandis que la

suspension de la nomination dans l'attente de la vérification n'est pas prévue par les textes. La déontologie apparaît ici comme une sorte de *soft law* permettant d'aller au-delà de la loi stricto sensu pour imposer le contrôle du respect des obligations fiscales et des règles déontologiques comme principe préalable à la nomination d'un gouvernant. En dépit de cette souplesse, une extension de ce contrôle apparaît difficile, notamment pour les élections législatives, puisque cela impliquerait une vérification des déclarations fiscales et de la situation professionnelle de tous les candidats, ou au moins de ceux qualifiés au second tour. Cette pratique restera sans doute cantonnée à la composition des Gouvernements.

Cette pratique s'inscrit dans un mouvement juridique plus global qui consiste à multiplier les hypothèses de présélection des candidats avant toute nomination ou vote des électeurs. Cette évolution démontre l'intégration croissante des problématiques de déontologie et de transparence dans l'activité politique, voire inscrit cette déontologie au cœur de son efficacité. La volonté du nouveau Président de la République de nommer des personnalités compétentes ou expertes se trouve donc soumise à la nécessité préalable de respecter certaines règles déontologiques. Or, le choix de faire appel à des personnalités de la société civile n'est-il pas justifié par les intérêts défendus ou protégés par

celles-ci ? Autrement dit, la sélection des ministres est guidée par ces différents intérêts, situant par principe les personnes concernées dans un état de conflits d'intérêts, lequel légitime justement leur nomination. Le contrôle préalable ne peut donc aller au-delà de la vérification du respect des obligations fiscales sans bloquer des nominations dont les incompatibilités présentes pourraient se résoudre *a posteriori*. La vérification des obligations déontologiques doit donc s'opérer dans une optique prospective, afin de prévenir les conflits d'intérêts à venir et non d'interdire une nomination, sous peine de figer les personnes dans leur rôle antérieur et de les enfermer dans leur situation présente.

La déontologie ne doit pas avoir pour conséquence, ce qui est un risque paradoxal, de favoriser la professionnalisation de la politique : ceux qui feraient de la politique leur métier auraient moins de chances de se trouver dans une situation de conflits d'intérêts que des personnalités de la société civile dont le métier consiste à défendre des intérêts spécifiques.

La déontologie devient donc un postulat de l'efficacité de l'action politique : un ministre vertueux sera plus légitime, ce qui accroîtra la confiance des citoyens et garantira l'acceptabilité de ses décisions, et donc l'efficacité politique. Tel est le raisonnement

qui fonde l'inscription de la déontologie au cœur de la politique. Encore faut-il qu'elle ne soit pas cosmétique comme pourrait le faire craindre la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve déjà la ministre des solidarités et de la santé. Le compromis consistant à lui retirer la cotutelle de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm), dirigé par son mari, par un pseudo-système de dépôt n'est en aucun cas satisfaisant. Le contrôle préalable n'échappe donc pas au risque d'affichage politico-médiatique dans lequel la déontologie se réduit finalement à jouer un rôle de légitimation pour les ministres nommés.

Toujours est-il que le choix politique se trouve dorénavant déterminé par la vertu des personnes, laquelle est reconnue et proclamée par une décision ou un avis de l'administration, ce qui contribue à une « déontologisation » comme à une « administrativisation » de l'action politique. La cohérence gouvernementale est donc suspendue à un contrôle déontologique avant d'être le fruit d'un choix politique. La future loi sur la moralisation de l'action publique souhaitée par le Président Macron se dirige d'ailleurs vers un renforcement de cette présélection des candidatures, puisqu'un casier judiciaire vierge serait exigé. Seuls des candidats vertueux seraient donc présentés aux électeurs, exprimant implicitement

le fait que ces derniers sont incapables de sélectionner les plus vertueux. Poussée à l'extrême, la déontologie remplacerait finalement l'intérêt même d'une élection puisqu'une analyse administrative permettrait de définir au regard du parcours de chacun, et des vertus présumées des uns et des autres, le meilleur des candidats.

le 26 mai 2017

Les élections législatives de juin 2017 : les dangers de la futurologie

Jean-Marie Denquin

**Professeur émérite,
Université Paris Nanterre**



Assemblée nationale, Paris

© kimdokhac CC BY 2.0

blog.juspoliticum.com

Qui se souvient d'Hermann Kahn ? Cet auteur américain, né en 1922 à Bayonne (New Jersey) fut, à la fin des années soixante, le maître d'œuvre d'un ouvrage consacré à l'an 2000, qui devait être, si l'on en croit le titre de la traduction française, « la bible [!] des trente prochaines années » (le titre anglais parlait plus modestement de « framework »). Le livre, où s'opéraient les noces délicieuses du catastrophisme et de l'avenir radieux, eut un succès mondial. Il valut à son principal auteur la réputation de maître incontesté d'une nouvelle discipline, la futurologie. Programme improbable puisque son nom même implique contradiction, idée vaseuse, mais américaine, le nouveau produit avait tout pour réussir sur le marché des modes intellectuelles accessibles au grand public. Le propre de la mode est toutefois de vouer au néant ce qu'elle a porté aux nues : plus personne ne se réclame aujourd'hui de la futurologie.

Hermann Kahn appliquait deux méthodes : l'extrapolation des tendances contemporaines et la transposition d'un scénario antérieur. Selon la première, si les sucres d'orge actuels mesurent x cm, les sucres d'orge futurs atteindront $2x$ cm. La seconde reposait sur la confrontation, supposée heuristique, entre des situations modernes et des événements historiques dont l'issue est, par hypothèse, connue. L'ouvrage développait, par exemple, un parallèle entre

l'affrontement des États-Unis et de l'URSS avec la lutte de l'empire romain contre l'empire parthe. Comparer Brejnev et Artaban IV peut paraître ingénieux. Mais, comme le disait Joseph Joubert (auteur qu'Hermann Kahn ne connaissait sans doute pas), ce qui est ingénieux est bien près d'être vrai.

Ces bricolages prophétiques, s'ils rencontrèrent le succès attendu, ne connurent en revanche qu'une réussite modérée. À l'époque de l'auteur la délicieuse apocalypse à l'ordre du jour, qui synthétisait l'angoisse des foules tout en les faisant marcher au pas, était la guerre nucléaire. Hermann Kahn annonça que l'humanité y survivrait – joyeuse bonne nouvelle qui n'a pu être confirmée. Rien en revanche sur les futurs avènements, la fin de l'histoire, la guerre des civilisations, le réchauffement climatique. Le capitalisme va rendre possible une prospérité sans précédent. Le nucléaire va se développer. Peut-être même disposera-t-on de téléphones portables. Mais il n'est question ni d'épuisement des ressources naturelles, ni de transition énergétique, ni de terrorisme, ni d'internet, ni de Wikipédia. C'est pourtant cet « objet scientifique non identifié » – pour reprendre le titre du livre dirigé par Lionel Barbe, Louise Merzeau et Valérie Schafer (Presses universitaires de Paris-Ouest [Nanterre], 2015) – qui nous apprend qu'Hermann Kahn est mort en 1983, date qu'il n'avait, semble-t-il, pas prévue.

Les déconvenues enregistrées, si elles ont disqualifié le mot, n'ont pas pour autant restauré l'antique sagesse humaine selon laquelle l'avenir est incertain. Les spéculations vont bon train. Une grande partie des activités médiatiques est consacrée à commenter l'avenir, notamment l'avenir proche, car si l'information vise à informer, le spectacle se nourrit du suspense. On peut observer en passant que les journalistes, lorsqu'ils interrogent des universitaires, leur demandent rarement d'éclairer ce qui arrive ou ce qui est arrivé. Sur le présent et le passé ils estiment toujours en savoir assez – ce qui paraîtrait étonnant si l'on ignorait que pour eux « savoir » signifie seulement « avoir quelque chose à dire ». Quoi que le mot soit tombé en désuétude, l'universitaire est donc prié de jouer les futurologues. En la rigueur des termes, l'homme de science devrait taire ce qu'il ne peut exprimer. Pourtant il semble légitime non de prédire le réel mais d'imaginer le possible, autrement dit de construire des conjectures rationnelles sans jouer les oracles. Dans la conjoncture politique actuelle, cet exercice a un sens : on peut s'interroger sur les résultats des prochaines élections législatives et sur les conséquences institutionnelles que celles-ci sont susceptibles d'engendrer.

Quels seront les résultats des élections législatives des 11 et 18 juin ? L'incertitude est à son comble. Mais il est intéressant

de se demander pourquoi. Deux facteurs convergent : le caractère aléatoire de l'objet mesuré, l'inadéquation de l'instrument de mesure.

Sur le second point, il convient de se rappeler que les sondages ne sont que partiellement prospectifs. Les résultats collectés par les enquêteurs sont affectés d'une incertitude statistique, d'autant plus grande que l'échantillon de personnes interrogées est plus petit. Pour réduire cette marge d'erreur, sans d'ailleurs jamais la supprimer, les instituts de sondages utilisent des comparaisons rétrospectives : ils pondèrent les résultats bruts en leur appliquant des modèles mathématiques fondés sur les résultats des élections et sondages antérieurs. Cela permet en particulier d'estimer l'incidence de certaines variables cachées, liées au fait que toutes les opinions ne sont pas, dans une situation donnée, aussi faciles à exprimer devant autrui – voire devant soi-même.

Ces phénomènes concernent toutes les consultations. Mais en l'espèce leur influence est décuplée par la conjoncture. Tout en effet est nouveau. On ne se trouve pas devant une alternative définie à l'avance entre deux partis ou coalitions virtuellement majoritaires. Une nouvelle formation politique, dont l'impact ne sera précisément déterminé et connu que par ces élections, affronte pour la première fois les

urnes. Il n'existe aucun scrutin de référence à partir duquel on pourrait extrapoler des courbes. Les résultats des présidentielles sont difficilement transposables aux législatives étant données la différence des enjeux, des niveaux de référence, national ou local, et l'équation personnelle des divers candidats. Phénomène d'ailleurs ambivalent : une solide implantation compense parfois l'impact de la conjoncture nationale – encore que la limitation du cumul des mandats tende à minimiser ce phénomène – mais il faut compter aussi avec un puissant désir de renouvellement, que l'on nomme en style moderne le « dégauchisme » (en style classique : dulce et decorum est sortentes sortire, comme disait à peu près Horace).

Ces facteurs d'incertitude sont encore aggravés par les caractères propres des objets mesurés. Il serait en effet simpliste d'évoquer le fait que les élections présidentielles et législatives appliquent le même mode de scrutin, majoritaire à deux tours, pour verser autoritairement les voix obtenues par les candidats des premières au compte des formations politiques qui se réclament d'eux aux secondes. Car il existe entre les deux consultations deux différences majeures, dont les effets en outre se combinent : la possibilité de triangulaires et une problématique différente des reports de voix.

La possibilité de triangulaires, (voire de quadrangulaires) exclue par hypothèse aux présidentielles, introduit un aléa d'autant plus imprévisible que le phénomène n'est pas connaissable à l'avance, qu'il peut se produire dans un nombre de circonscriptions impossible à évaluer et qu'il dépend autant de décisions personnelles, individualisées et locales que des stratégies et consignes nationales. En cas de résultats serrés, la conjonction de ces variables aléatoires est tout à fait susceptible de faire basculer l'équilibre d'une assemblée. Les ravages du phénomène ont été observés à droite depuis l'émergence du Front national – mais cette fois on est en présence de deux et non plus d'une seule formation extrémiste (le FN et la France insoumise) susceptible de franchir le seuil nécessaire pour se maintenir au second tour.

La problématique des reports de voix, qui se combine avec le phénomène des triangulaires, nous ramène à une configuration un peu oubliée. Avant 1972, date qui inaugure, avec la signature du programme commun de la gauche, la bipolarisation de la vie politique française, les candidats de la gauche non communiste pouvaient être élus, selon les circonscriptions, par les électeurs de gauche contre un candidat de droite ou par les électeurs de droite contre un candidat communiste. Or, dans la conjoncture nouvelle, le retour à une situation de ce type est probable,

à cette différence près qu'elle peut concerner les deux côtés de l'éventail politique. Un candidat de droite peut être élu par la droite ou par la gauche contre un candidat de la gauche extrême, et un candidat socialiste être élu par la gauche ou par la droite contre un candidat d'extrême droite. Or la combinaison de ces phénomènes, difficiles à anticiper, est susceptible de conditionner le résultat du scrutin dans chaque circonscription et donc, par agrégation, de déterminer l'existence et la nature d'une majorité au sein de l'Assemblée nationale.

Si l'on considère maintenant la notion de majorité comme entité collective et non comme addition d'individus, peut-on considérer ce phénomène, apparemment enraciné dans la culture politique de la Vème République, comme propre à orienter le choix des électeurs ? Doit-on, en d'autres termes, envisager l'hypothèse d'une dynamique majoritaire ? Cette question se subdivise en deux : faut-il pronostiquer un effet d'entraînement de l'élection présidentielle ? Celui-ci peut-il se manifester au profit du centre et non plus, comme naguère, s'inscrire dans la logique d'un affrontement bipolaire ? Ces deux questions appellent un traitement différent.

D'un côté il n'est pas douteux que les élections législatives qui ont suivi une

élection présidentielle ont toujours confirmé les résultats de celle-ci, bien qu'une fois, en 1988, le scrutin n'ait produit qu'une majorité relative. Les élections perdues par un président de la République, matrice de cohabitation, ont eu lieu en 1986, 1993 et 1997, soit plusieurs années après son élection. Le renversement du calendrier électoral opéré en 2002 a d'ailleurs eu pour but, conscient et proclamé, d'instrumentaliser ce phénomène. Jusqu'ici, le résultat fut au rendez-vous. Les ressorts en sont bien connus : les électeurs considèrent qu'il convient de donner sa chance au nouvel élu, les médias chantent ses louanges quelle qu'ait été leur attitude antérieure à son égard, il existe une force d'entraînement du fait accompli. C'est l'état de grâce, très inégalement durable, mais qui se maintient du moins jusqu'aux législatives.

Le contraste entre les deux cas de figures – élections immédiates, élections différées – montre cependant qu'il n'y a dans cette affaire rien d'institutionnel. Parler, dans un vocabulaire étrangement désuet, d'« onction du suffrage universel » n'est qu'une formule rhétorique puisque, dans la durée, les conséquences du suffrage demeurent alors que l'onction n'a plus d'effet. Il en est de même du « charisme », terme outrageusement galvaudé, étiquette arbitraire, rétrospective et jetable, qui baptise le phénomène sans l'expliquer. Le retournement de l'opinion

est d'ordre psycho-politique : au début les citoyens croient au changement – parce qu'ils veulent y croire –, puis viennent la lassitude, le mécontentement, la désillusion : le pouvoir s'use. Tout ceci est banal, mais ces états d'âme collectifs sont hors de portée du droit constitutionnel. Changer la Constitution n'y changera rien.

La remise en cause du clivage droite/gauche est-elle de nature, d'autre part, à enrayer le processus ? Il est difficile d'en juger. Tout a été dit sur la pertinence ou sur l'inanité de cette division binaire et normative (mais de sens inverse selon le côté où l'on se situe) de l'espace politique, à la fois réelle et imaginaire, évidente et insaisissable. Il faudrait cependant distinguer entre le contenu du clivage et son existence. Le contenu, on le sait, est changeant : il ne respecte ni le principe de contradiction – certains phénomènes sont simultanément de droite et de gauche (la nation, l'État) – ni le principe de tiers exclu – certains autres ne sont ni l'un ni l'autre (la science, la religion). Les thèmes passent d'un bord à l'autre au hasard des batailles : la décentralisation est de droite quand la gauche est jacobine, de gauche quand la droite est au pouvoir, etc. En revanche l'opposition elle-même persiste et manifeste une surprenante vitalité, car elle est un principe d'intelligibilité du social et du politique,

familier, verbal, commodément applicable à tout. Il permet de définir les autres et soi-même. Bref il joue, dans l'univers politique, le rôle d'une classification totémique.

Tout ceci fait du clivage un reflet plus qu'une cause. Il peut survivre, et même avoir un sens, sans impliquer nécessairement des conséquences au niveau des alliances politiques, qui ne sont pas exclusivement déterminées par les affinités idéologiques : des facteurs institutionnels, conjoncturels, tactiques, des questions de personne interfèrent constamment avec celles-ci. C'est pourquoi rien, a priori, ne rend plus improbable la réunion du centre droit et du centre gauche que celle de la gauche modérée et de la gauche extrême, et, a fortiori, de la droite modérée et de la droite extrême. Une majorité de concentration n'est pas plus improbable que des majorités polarisées. La pratique était bien connue sous les Républiques antérieures. Elle était parfois considérée comme un idéal, accessible ou non, et il existait une formule pour la désigner : « couper l'omelette par les deux bouts », c'est-à-dire écarter les extrêmes et s'entendre entre gens censés, capables de travailler ensemble malgré certaines divergences idéologiques. Ainsi, par exemple, en des temps où comptaient ces choses, ceux qui croyaient au ciel pouvaient gouverner avec ceux qui n'y croyaient pas – à condition de

ne pas ouvrir certains placards. Seule donc la bipolarisation, qui a dominé la scène française depuis quarante-cinq ans et que l'émergence du Front national n'a pas réellement ébranlée, confère à l'idée d'une alliance centriste un caractère insolite. Mais la bipolarisation est un phénomène historique, non une donnée naturelle : elle peut donc se changer en son contraire.

Il semble découler des observations précédentes que la victoire du nouveau président n'est pas impossible, mais que l'hypothèse d'un échec ne saurait être écartée compte tenu des nombreuses inconnues qui marquent le prochain scrutin : conclusion éminemment futurologique. Il reste cependant à s'interroger sur le point de savoir quelles incidences les deux hypothèses pourraient entraîner sur le fonctionnement du régime.

Or, à ce niveau, la consistance « futurologique » de la question prend un autre tour car on se trouve en présence d'une alternative incontournable : soit le président de la République dispose d'une majorité, soit il n'en dispose pas. Dans le premier cas, il est probable que la prééminence présidentielle sera confirmée, même si elle se trouve infléchie. Dans le second cas, comme on l'a déjà observé ici, une sorte de retour à la IV^{ème} République paraît possible. Un scénario comparable à celui de la période 1958-1962

serait toutefois envisageable : une majorité relative, permettant une coexistence initiale, se transformerait, après crise et dissolution, en une majorité absolue. Mais ces deux, voire ces trois hypothèses n'ont-elles pas quelque chose en commun ? Il semble qu'elles impliquent toutes, certes à des degrés divers, une remise en cause du « présidentialisme programmatique » tel que l'a magistralement décrit et critiqué Bruno Dageron dans une récente [intervention](#) sur ce blog. En effet dans le modèle majoritaire qui s'est dégagé progressivement après 1962 et qui connut son apogée avec l'« hyperprésidence » sarkozienne, le chef impose sans débat sa volonté à une troupe disciplinée au nom d'un programme que le « peuple » est censé avoir approuvé au moment de son élection. Mais on peut imaginer qu'à cette autorité disciplinaire soit substituée une autorité négociée. Autrement dit une autorité qui, tout en préservant la capacité de décision et d'arbitrage du chef de l'État – qui peut s'avérer utile, même si les décisions ne sont pas toujours bonnes et les arbitrages toujours judicieux – implique la discussion et la prise en compte de divers points de vue car le consensus n'est pas présupposé. Une telle évolution ne peut reposer sur les seules vertus du chef, même si elles existent. Elle requiert des facteurs exogènes et structurels : l'hétérogénéité des tendances politiques dont l'accord serait la condition nécessaire à la marche du système et qui, par leur

diversité, traduirait moins mal la diversité des attentes des citoyens. L'obéissance n'étant pas acquise, le débat reprendrait ses droits et les acteurs une marge d'action, seule compatible d'ailleurs avec l'accomplissement de leur mission constitutionnelle. Le régime reviendrait ainsi à ce qui était, semble-t-il son idéal initial – idéal, il ne faut jamais l'oublier, pensé dans la perspective d'une absence de majorité : un pouvoir de référence, non un monarque qui n'a qu'à parler pour imposer sa volonté particulière, y compris dans des domaines où la Constitution ne lui accorde aucune compétence. Ce n'est là bien sûr qu'une hypothèse, sans doute trop optimiste pour être probable. Mais aller plus loin dans la conjecture serait retomber dans la futurologie.

le 29 mai 2017

La circulaire du Premier ministre sur « le travail gouvernemental » : une impression de « déjà vu » ou une promesse de renouveau ?

Olivier Beaud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Hôtel Matignon, Paris

© Chatsam CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

La “circulaire relative à une méthode de travail gouvernemental exemplaire, collégiale et efficace” prise le 24 mai 2015 par le nouveau Premier ministre, Edouard Philippe, est un document constitutionnel fort instructif. On y découvre à travers la description de ce que devrait être le métier de ministre les difficultés inhérentes à la prise de décision sous la Vème république : les rapports entre le Premier ministre et les ministres, et aussi entre le cabinet ministériel et l’Administration centrale. Une ombre plane sur ce travail collectif : le chef de l’Etat et sa place prééminente sous la Vème, tandis que le Parlement apparaît comme le grand oublié de ce récit.

Le 26 mai 1988, Michel Rocard – tout récent Premier ministre du Président Mitterrand – avait innové en signant une longue circulaire « relative à la méthode du travail du Gouvernement ». Il avait justifié cette « démarche nouvelle » et inusuelle par la nécessité de « concilier le souci du dialogue et le maintien de l’autorité de l’Etat »¹. Ce texte avait pour objet de donner « les instructions sur la manière d’agir » de tous les membres du Gouvernement, Premier ministre inclus. Il s’agissait, au delà du simple rappel « des règles de bonne administration », de constituer un « code de déontologie gouvernementale ».

Cette longue circulaire, dont on dit qu’elle était due à la plume de son proche conseiller, Guy Carcassonne, comportait cinq rubriques : « respect de l’Etat de droit, respect du législateur, respect de la société civile, respect de la cohérence de l’action gouvernementale, respect de l’administration ». Elle était donc tout entière tournée vers les obligations que le Gouvernement devait mieux respecter pour agir de façon correcte et efficace. Nul doute que la rédaction d’un tel texte était aussi un moyen pour le nouveau Premier ministre qui avait ses propres idées sur la bonne manière de gouverner le pays, de vouloir rompre avec certaines pratiques délétères qui avaient eu cours sous le mandat précédent du très monarchique président Mitterrand.

Presque dix ans plus tard, Lionel Jospin réitérait la même opération en devenant Premier ministre, après la dissolution ratée de Jacques Chirac. Il signait le 5 juin 1997 une « circulaire relative à l’organisation du travail gouvernemental »² dans laquelle il se félicitait de sa victoire aux élections législatives et proposait de nouvelles règles de travail au Gouvernement pour que celui-ci puisse « honorer le pacte démocratique » avec la nation résultant des élections. Ces « *instructions* » concernaient cette fois neuf domaines hétérogènes et d’inégale importance parmi lesquels figuraient : « la programmation du travail gouvernemental,

les conditions de préparation des décisions gouvernementales, les travaux du conseil des ministres, l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, le fonctionnement des cabinets ministériels, la nomination aux emplois publics et, enfin, la participation des membres du Gouvernement aux travaux du Parlement »³.

C'est un peu à l'aune de ces deux précédentes circulaires qu'il convient de lire la nouvelle circulaire gouvernementale signée par le nouveau Premier ministre Edouard Philippe, du 24 mai 2015, *relative à une méthode de travail gouvernemental exemplaire, collégiale et efficace*⁴. La dimension critique et rétrospective est visible dès l'introduction de texte dont l'objectif avoué serait « de revenir à un fonctionnement marquant l'autorité de l'Etat et prenant en compte le long terme ». Les deux précédents mandats de MM. Sarkozy et Hollande semblent donc implicitement critiqués pour avoir failli en matière d'autorité de l'Etat et avoir privilégié le court-terme (le « temps médiatique », dirait-on). Toutefois la science administrative enseigne que, la répétition des circulaires sur le même objet n'est en général pas un bon signe. Cela signifie que les précédentes n'ont pas eu de véritables effets escomptés et qu'il faut à chaque fois répéter des évidences, par exemple celles relatives au « métier de ministre », ou à celui de Premier ministre.

Comme il l'affirme au début⁵ et à la fin de sa circulaire⁶, le chef de Gouvernement entend décliner sa méthode pour mieux mettre en œuvre et en action le programme du nouveau président de la République. La différence est ici sensible par rapport aux deux circulaires Rocard et Jospin dont les auteurs respectifs ne se présentaient pas comme les exécutants fidèles d'une politique présidentielle. La présente circulaire paraît plutôt refléter une symbiose entre le Premier ministre et le Président de la République qui n'existait pas entre MM. Rocard et Mitterrand, ni *a fortiori* entre MM. Jospin et Chirac. On a même la nette impression que la circulaire Philippe pourrait tout aussi bien s'appeler la circulaire Macron. Ce dernier, à la différence de son Premier Ministre a, en tant qu'ancien secrétaire général adjoint de l'Élysée et ancien ministre de l'Économie, pu observer de près le fonctionnement de l'Etat et donc constater certains de ses dysfonctionnements récurrents.

Laissant de côté sa signification politique, observons le contenu de cette circulaire. Il est hétérogène dans la mesure où il est à la fois un code d'éthique des gouvernants et un « code de déontologie gouvernementale » pour reprendre l'expression de la circulaire Rocard. Le premier point apparaît dans la rubrique de « l'exemplarité » (§1) qui comporte des considérations, fort bienvenues d'ailleurs, sur la nécessaire intégrité morale que doivent avoir les membres du Gouvernement.

Ce blog a récemment évoqué le contrôle a priori inventé pour tenter d'avoir des ministres hors de tout soupçon⁷. Ici, la circulaire se fait, nécessairement, l'écho des deux retentissants « couacs » du mandat Hollande que furent les affaires Cahuzac et Thévenoud dont il s'agit d'éviter la répétition. Il n'est pas nécessaire de s'appesantir sur cette exigence d'exemplarité – sorte d'évidence du point de vue de la morale républicaine –, ni les difficultés de la réaliser, comme le prouve l'affaire dite « Ferrand » postérieure à la publication de ladite circulaire. On se bornera à observer que la vertu des gouvernants, ici supposée par l'exemplarité, ne relève pas à proprement parler du « travail gouvernemental ». La circulaire apparaît comme une occasion saisie pour redire l'importance de la moralisation de la vie politique, thème qui fera l'objet d'une prochaine loi.

Passons donc au travail gouvernemental proprement dit, qui reposerait sur les deux impératifs de la collégialité et de l'efficacité. De ce point de vue, la circulaire peut être lue comme une sorte de *vade-mecum* à l'usage des nouveaux ministres qui sont pour la plupart inexpérimentés. En lisant cette circulaire, ils apprendront la double face du ministre : il est à la fois membre d'un *Gouvernement* - qu'on peut préférer à l'expression bien peu juridique de « collectif gouvernemental » utilisé dans la circulaire - et Chef de son administration centrale.

Au titre de sa qualité de membre du Gouvernement, il doit être solidaire des autres ministres et du Premier ministre. Ce principe de la collégialité est ici parfaitement décrit selon non pas la rigueur des principes, mais selon la pratique admise sous la V^{ème} République. La collégialité signifie ici pour les ministres qu'ils doivent accepter de bonne grâce les arbitrages rendus par le Premier ministre et les appliquer sans état d'âme. Le Chef du Gouvernement n'est donc plus le *primus inter pares*, que l'on décrivait dans les manuels de droit constitutionnel, mais il est celui qui essentiellement coordonne l'action des ministres et tranche leurs conflits. La circulaire entend lutter contre l'abus de sollicitations du Premier ministre par les ministres qui devraient d'abord tenter de s'entendre avec leurs collègues, avant de recourir à l'arbitrage primo-ministériel. Ce vœu pourrait rester un vœu pieux car chaque ministre veut gagner ses « duels » avec les autres ministres, pour faire prévaloir son point de vue.

Par ailleurs, la circulaire rappelle un grand principe républicain selon lequel tout ministre doit se reposer sur les directeurs d'administration centrale qui sont ici présentés, à juste titre, comme des maillons essentiels de l'appareil de l'Etat. Ils sont les relais de l'action du ministre qu'ils démultiplient dans la bureaucratie étatique. La circulaire vise à renforcer leur rôle comme

le prouve l'injonction qui leur est faite d'aller en personne défendre le dossier du ministre dans les réunions interministérielles. *Exit* alors le conseiller du cabinet ministériel ? Peut-être, mais c'est à vérifier.... Leur rôle du Directeur de ministère apparaît alors comme déterminant aux yeux d'Edouard Philippe qui s'adresse ainsi à ses ministres : « appliquant les directives que vous leur donnerez et dont vous vous assurerez de la bonne application, c'est à eux de préparer et réaliser les réformes et les projets de texte traduisant les priorités du Gouvernement. » Le ministre s'appuiera donc sur les chefs de l'Administration, celle-ci étant présentée comme « compétente, neutre et loyale ».

Il est toutefois difficile de concilier cette affirmation de sa neutralité avec le choix discrétionnaire que fera chaque ministre, conformément au vœu présidentiel d'« opérer des changements parmi ceux placés sous votre autorité ». A cet égard, il n'y a, en droit, rien de nouveau car les directeurs de ministères sont des emplois à la discrétion du Gouvernement et donc hautement politiques. La raison en simple : un nouveau Gouvernement ne peut imposer sa politique s'il a l'Administration contre lui. C'est pourquoi il lui faut des directeurs d'administration centrale qui ne s'opposent pas au programme politique. Mais alors que la circulaire Rocard de 1988 clamait son opposition à toute forme de *spoils*

system, rappelant à juste titre l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, le nouveau président de la République a multiplié les déclarations allant – semble-t-il – dans un système plutôt favorable à ce système des dépouilles qu'appelait aussi de ses vœux Nicolas Sarkozy. La circulaire est de ce point de vue travaillée par la tension entre l'impératif classique de la neutralité de la haute fonction publique et l'impératif, contradictoire, d'une loyauté politique. Cette conciliation reste pour l'instant purement verbale ; seule la pratique des nominations permettra d'apprécier comment sera opérée cette difficile conciliation entre deux exigences contradictoire : d'un côté l'existence d'une fonction publique de carrière, que ne connaissent pas les Etats-Unis, – ce qui devrait, logiquement, interdire de parler sérieusement de *spoils system* –, et d'un autre côté, la nécessaire présence de directeurs d'administration centrale agissant dans le sens voulu par l'autorité politique qu'est le ministre.

La question des directions d'administration centrale est donc judicieusement placée au centre de cette circulaire ; c'est la principale nouveauté par rapport aux deux précédentes circulaires. Elle rappelle une règle évidente à l'époque du général de Gaulle : les ministres devront, explique le Chef du Gouvernement, « (rencontrer leurs) directeurs individuellement et collectivement

très régulièrement. » Règle essentielle qui a été régulièrement manifestement méconnue depuis lors par de nombreux ministres. Mais cette revalorisation des Directeurs pose la très délicate question du rapport entre l'Administration et le cabinet ministériel, qui est évoqué dans la rubrique sur « l'efficacité » (§3 de la circulaire). Voici l'exposé qui résume l'orthodoxie politico-administrative en la matière :

« Les tâches respectives des membres des cabinets ministériels et des directeurs d'administration centrale viennent d'être rappelées et encadrées. D'une part, les cabinets doivent être centrés sur des fonctions politiques et veiller à l'explication de l'action et de la communication relative à celle-ci. D'autre part, les directeurs d'administration centrale ont en charge de mener à bien les politiques publiques dans le cadre de l'action gouvernementale. De manière simple, il convient désormais d'éviter de doubler au cabinet les fonctions de l'administration. Ceci appauvrit le lien entre le ministre et ses services et crée des décalages nuisibles à la cohérence de l'action publique. »

Il reste à savoir si ces beaux principes seront appliqués, si les directeurs d'administration centrale réussiront à jouer le noble rôle que leurs compétences (au double sens du terme, juridique et technique)

devraient leur assigner et si, surtout, les cabinets ministériels useront de la retenue que semble imposer le nouveau Premier ministre. Pour mémoire, la circulaire Rocard reprochait, déjà au cabinet, « de “faire écran” » entre le ministre et ses services ». On sait – hélas - que la tendance lourde sous la Vème République est de lui avoir donné une prééminence déterminante sur l'Administration au point d'accorder à ces conseillers ministériels un pouvoir totalement indu, sans qu'ils n'aient à rendre compte de leur action devant quiconque, sinon devant le juge pénal. Le fait de limiter drastiquement leur nombre, comme l'a prévu le décret du 18 mai 2017, suffira-t-il à réduire leur importance, comme le laisse penser la circulaire ? Rien n'est moins sûr car la pratique des nominations officieuses au sein du cabinet ministériel peut perdurer. La façon dont sera résolu ce conflit endémique entre l'Administration et les cabinets permettra de savoir si cette circulaire tiendra les promesses de bon gouvernement qu'elle contient.

On peut se demander finalement si le plus intéressant dans cette circulaire ne réside pas dans ses demi-silences ou dans ses silences.

Demi-silence qui concerne le rôle du Président de la République, alors que celui-ci ne peut pas être ignoré quand on parle du travail gouvernemental sous la Vème République.

Une discrète allusion est néanmoins faite dans le passage sur les relations entre cabinet ministériel et l'Administration où il est précisé : « La méthode de travail gouvernementale s'appuiera également sur une nouvelle gouvernance entre les cabinets du Président de la République et du Premier ministre avec la nomination de conseillers conjoints ». Il est dommage que la circulaire ne soit pas plus diserte sur ce dernier point, mais on peut supposer que l'existence de ces « conseillers conjoints » est supposée empêcher les conflits entre cabinets de l'Elysée et de Matignon. Toutefois, ces conseillers conjoints ne risquent-ils pas de devenir des « super-conseillers » au pouvoir trop important ? Quoi qu'il en soit cette incidence a le mérite de rappeler, implicitement, que le véritable lieu de la décision politique sous la V^{ème} se joue entre l'Elysée et Matignon. C'est pourquoi les conseillers du Président et du Premier ministre occupent une place-clé, au risque même d'abuser de leur pouvoir. Nul n'ignore aujourd'hui, le rôle central et néfaste joué sous l'ère Sarkozy par le « Cardinal Guéant », le secrétaire général de l'Elysée, rôle relevé d'ailleurs par la Cour de justice de la République dans son arrêt Christine Lagarde (affaire Tapie). On a bien besoin d'une « nouvelle gouvernance », mais il faudrait savoir ici comment elle pourra être « efficace » et non pas dysfonctionnelle. La tendance qui se

discerne dans cette circulaire est de diminuer les échelons intermédiaires pour limiter les frottements et réduire le nombre d'arbitrages.

Mais ce qui apparaît probable, au vu de cette circulaire et de récentes déclarations des nouveaux président de la République et Premier ministre⁸, est que la structure « présidentialiste » du pouvoir sous la V^{ème} sera conservée sous l'ère Macron. Une telle structure obéit, en cas de majorité présidentielle, au schéma suivant : l'Elysée décide, Matignon exécute, ainsi que les ministres. L'annonce récente de l'installation d'une « task-force » directement rattachée à l'Elysée pour lutter contre le terrorisme laisse penser que le président Macron se considère comme compétent en la matière, illustrant une fois de plus le principe d'évocation des affaires politiques par le chef de l'Etat, qui est le propre du régime présidentialiste français. L'affirmation réitérée d'une présidence « jupitérienne » laisse penser que le retour de l'autorité de l'Etat s'accompagnera d'une domination présidentielle. Il est donc à craindre que les arbitrages continueront à remonter inexorablement des ministres au Premier ministre et de celui-ci au Président de la République, laissant alors toute latitude aux divers conseillers, à Matignon ou à l'Elysée, de continuer à avoir un poids, que l'on peut estimer excessif, sur la marche de l'Etat.

L'autre demi-silence porte sur l'Etat de droit et sur le contrôle de constitutionnalité qui était un *leitmotiv* de la circulaire Rocard. Ici, la légalité *lato sensu* ne semble pas l'élément déterminant du discours gouvernemental tant l'accent est mis sur l'efficacité de l'action étatique. Pour ceux qui font des analogies entre la situation actuelle et la situation du 1958, ce moindre souci du droit – dont on sait le peu de considération qu'avait pour lui le général de Gaulle – légèrement perceptible dans cette circulaire, constituera un indice supplémentaire de la validité de cette hypothèse.

Enfin, le plus significatif dans cette circulaire est peut-être une véritable absence, celle du Parlement. La circulaire Rocard contenait un long paragraphe intitulé « le respect du législateur » et insistait sur la nécessité de laisser au Parlement le temps de voter la loi. Quant à la circulaire Jospin, elle était tout aussi nette : « Les membres du Gouvernement doivent donner la priorité à leur participation aux travaux du Parlement, qu'il s'agisse de défendre la position du Gouvernement dans les discussions conduisant au vote des lois ou de répondre aux questions des députés et des sénateurs. » Rien de tel dans l'actuelle circulaire, où l'on ne trouve rien à proprement parler sur le travail parlementaire du ministre. On a même l'impression à lire ce texte que ce sont surtout les directeurs d'administration

centrale qui doivent se mettre en relation avec le Parlement. Il aurait été pourtant bienvenu dans cette circulaire de rappeler que la règle du Gouvernement collégial est intimement liée à la responsabilité de celui-ci devant le Parlement.

Il ne faut jamais abuser de l'interprétation des silences d'un texte, mais cette omission presque complète du Parlement est surprenante. On est seulement rassuré à la fin de la circulaire en apprenant que le Premier ministre présentera « le programme de travail du Gouvernement » devant lui. Cela dépendra toutefois du résultat des élections législatives de juin 2017, comme chacun sait...

Comme les précédentes circulaires, celle du nouveau Premier ministre recèle des promesses de bon gouvernement, même si elle laisse dans la pénombre des points fondamentaux du circuit de décision. La seule question est de savoir si les prochains membres du Gouvernement pourront – ou sauront – se conformer aux « instructions » dont ils sont munis. L'enjeu n'est pas mineur, même si une telle circulaire est dépourvue de force juridique : c'est un code de bonne intentions. Reste à les réaliser...

¹ *Journal officiel* du 27 mai 1988, p. 7381.

² *Journal officiel* du 7 juin 1997 p. 9170

³ Les deux dernières rubriques concernaient le Conseil économique et sociale et la publication au *Journal officiel*.

⁴ Publiée au *Journal Officiel*, du 26 mai 2017

⁵ « Le Gouvernement va engager la mise en œuvre

rapide du programme approuvé par les Français. Celle-ci implique une méthode de travail renouvelée. »

⁶ « Exemplarité, collégialité et efficacité permettront au Gouvernement de mener à bien le programme ambitieux de réforme que le Président de la République a présenté à nos concitoyens. »

⁷Voir le billet de Jean-François Kerléo

⁸ Son interview dans le *Journal du Dimanche* du 21 mai 2017

le 13 juin 2017

Pas élu, pas ministre ! Responsabilité politique ou marketing électoral ?

Bruno Daugeron

**Professeur,
Université Paris Descartes**



Salon doré, Palais de l'Élysée, Paris

© Chatsam GFDL ou CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

La règle énoncée par le président de la République que les ministres battus aux élections législatives ne pourront plus rester membre du Gouvernement est non seulement sans fondement constitutionnel mais pose aussi des problèmes de logique politique. Elle est surtout, contrairement aux apparences, une nouvelle illustration de la présidentialisation de nos institutions.

Le magasin des curiosités constitutionnelles n'est jamais à court de marchandise très longtemps. Certains articles, passés de mode un temps, reviennent en vitrine comme des nouveautés à la faveur d'une saison électorale, d'une « séquence » pour parler comme les médias qui donnent désormais le ton sur les questions institutionnelles. L'annonce faite par le président de la République posant que les ministres du Gouvernement d'Edouard Philippe candidats aux élections législatives des 11 et 19 juin devront démissionner s'ils sont battus semble en faire partie.

Annoncée dans le prolongement des exigences de « transparence » et de « moralisation » avancées par le nouveau président de la République, on pourrait être conduit à ne rien voir là de très curieux et même à s'en féliciter. N'est-il pas bienvenu que les six ministres concernés (Richard Ferrand, ministre de la cohésion des

territoires, Marielle de Sarnez, ministre chargée des Affaires européennes, Christophe Castaner, secrétaire d'Etat en charge des relations avec le Parlement et porte-parole du gouvernement, Mounir Mahjoubi secrétaire d'Etat chargé du numérique, Annick Girardin nommé aux Outre-mer et Bruno le Maire, ministre de l'économie) sont concernés devant mettre en œuvre le programme du chef de l'Etat élu au suffrage universel selon le schéma du « *présidentialisme programmatique* »¹ fassent aussi leurs preuves devant ce même suffrage ? N'est-il pas logique qu'ils montrent leur légitimité à agir qui, comme chacun est sommé de le savoir, viendrait en dernière analyse du seul suffrage universel ? Et n'est-il pas tout aussi important voire « éthique » qu'ils engagent leur responsabilité politique devant ce même suffrage ? L'aptitude à être ministre ne saurait être étrangère à une élection législative : recalés par les électeurs, ils ne pourraient prétendre faire partie du gouvernement, il en va de leur crédibilité et de celle de celui qui les nomme. Cette « règle » trouverait elle-même son fondement dans un précédent théorisé par le président de la République et le Premier ministre alors en fonction à leur arrivée au pouvoir en 2007 ? On se souvient qu'elle contraignit Alain Juppé, alors ministre de l'écologie et du développement durable, battu dans la 2e circonscription de la Gironde, à la démission du Gouvernement le lendemain de sa défaite.

Une nouvelle fois, comme pour plusieurs autres tendances d'un droit constitutionnel devenu plus médiatique que juridique, il est possible de douter de ces prétendues évidences qui reposent sur plusieurs arguments qui, pour baroques qu'ils soient, ont pour point commun de n'avoir justement rien de constitutionnel. Les raisons de le faire sont multiples.

Une logique introuvable ?

Commençons par celles qui convoquent la logique. On comprend mal le rapport entre le suffrage universel et l'exercice de fonctions ministérielles car *quid* des ministres qui ne sont pas candidats ? Ils ne se sont nullement confrontés eux, au verdict des urnes, censé être l'arbitre final. Qu'en est-il alors de leur légitimité ? Certes, n'ayant pas souhaité se lancer dans la bataille on ne saurait leur reprocher de l'avoir perdue mais il n'est pas impossible que certains y aient précisément renoncé pour ne pas courir le risque d'être défaits, ce qui n'est guère courageux et pas très visionnaire au vu des résultats du premier tour. Or de deux choses l'une : soit le suffrage universel est source de légitimité et épreuve de responsabilité pour tous les ministres et tous doivent être candidat aux élections législatives ; soit il ne l'est pour personne et l'on ne saisit pas la raison qui

devraient pousser certains à démissionner quand d'autres ont prudemment refusé d'être candidats alors qu'ils étaient politiquement en situation de l'être.

Et les illogismes se suivent : si les ministres battus doivent partir, ils ne devront leur défaite qu'à leur personne tandis que les députés élus sous l'étiquette *La République en Marche* qui ne sont pas ministres, eux, n'en seront redevables qu'au soutien du Président de la République et à l'investiture de son jeune parti estampillés qu'ils étaient de l'étiquette aussi naïve que porteuse de « *candidat officiel* » (*sic*), comme on le lit sur les affiches des panneaux électoraux. D'autant qu'en cas d'échec, les ministres candidats seront peut-être remplacés par d'autres qui n'ont pas été candidats aux fonctions de député, voire qui ne sont pas du tout parlementaires puisque rien ne l'exige juridiquement. Le principe fait quelques éclopés mais un seul vainqueur à tous les coups : le président de la République. Sans parler des conséquences liées à quelques « affaires » en cours : un ministre mis en cause dans une procédure judiciaire mais élu député pourrait, fort de son « soutien » électoral, rester membre du Gouvernement alors que celui qui ne l'est pas pourrait être contraint à la démission. Le suffrage universel est alors un alibi. Et puis combien de temps la règle fonctionne t-elle ? Chacun a en mémoire la

cuisante défaite de S. Royal aux élections législatives de juin 2012 dans la circonscription de La Rochelle. N'étant pas ministre, elle n'a pas été contrainte de démissionner bien que sèchement battue au second tour, mais cela ne l'a pas empêché de devenir ministre moins de deux ans après, en avril 2014, sans que personne n'y retrouve rien à redire. C'est alors la défaite qui l'a faite ministre, non la victoire électorale.

Dernier sujet d'étonnement logique : un des éléments du discours qui a accompagné la réforme de 2014 sur la fin du cumul du mandat parlementaire avec des fonctions exécutives locales était d'éviter une candidature à une fonction qui ne serait pas exercée, abandonnée aussitôt qu'elle serait pour un autre mandat. Ici, bien que dans un domaine différent, la « règle » érigée ne respecte guère l'exigence et pousse même le cynisme à son comble en institutionnalisant le fait qu'un ministre est élu député précisément pour ne pas le rester et seulement demeurer ministre, ce dernier n'étant appelé à exercer son mandat parlementaire qu'en cas de départ ultérieur du gouvernement pendant la durée de la XV^e législature depuis la révision constitutionnelle de 2008 et la loi organique du 13 janvier 2009 permettant aux députés ayant été nommés ministres de retrouver leur siège un mois après la cessation de leurs fonctions ministérielles.

Aucun fondement juridique à une telle injonction

Du point de vue juridique ensuite, l'injonction étonne. Il est à peine besoin de préciser qu'elle n'a aucun fondement constitutionnel et qu'elle relève de la seule pratique politique. Elle entretient en outre une contestable ambiguïté. On doit en effet récuser fermement l'idée qui voudrait que les ministres tirent leur légitimité du suffrage universel. C'est en effet de la seule nomination par le président de la République (sur proposition du Premier ministre) en application de l'article 8 de la Constitution qu'elle provient. Le suffrage universel est étranger à la chose d'autant plus nettement que l'une des innovations majeures de la Constitution de 1958 a précisément été de créer, par son article 23, une incompatibilité entre les fonctions de parlementaire et celles de ministre afin non seulement de responsabiliser les parlementaires dans le soutien au gouvernement pour que, moins sûrs de leurs arrières, ils ne soient pas tentés de renverser trop légèrement le gouvernement, mais aussi de décorrélérer l'exercice de fonctions ministérielles de la légitimité parlementaire. Le gouvernement a certes collectivement besoin de la confiance du Parlement puisqu'il est responsable devant l'Assemblée nationale, mais les ministres, eux, ont d'abord seulement besoin individuellement de celle du chef de

l'Etat et du Premier ministre. Cette règle de l'incompatibilité fût-elle tempérée par la facilité dans le retour automatique au mandat parlementaire des députés ou sénateurs devenus ministres depuis 2009, n'a pas été remise en cause par les différentes pratiques de la – très diverse – V^e République. Il n'existe donc pas juridiquement de rapport entre le suffrage universel et la fonction ministérielle, sauf à la fonder sur la notion encore plus douteuse de « légitimité démocratique indirecte » que les ministres tiendraient du Président de la République lui-même élu au suffrage universel, mais dans ce cas, n'importe quoi peut l'être puisque n'importe quel type de lien peut être trouvé entre presque tous les organes et le président de la République.

Le précepte paraît même franchement baroque au regard des Républiques précédentes, et d'une certaine manière aussi, de la « première » V^e. Sous les III^e et IV^e Républiques en effet, c'est le fait d'être député ou sénateur qui permettait d'être ministre, fût-par usage constitutionnel, et non l'inverse. Sous la V^e, le ministre n'a plus besoin d'être parlementaire. Or, l'exigence d'une démission ministérielle en cas de défaite législative qui semble fondée sur une pratique parlementaire du pouvoir puisqu'elle fait mine de lier les fonctions de ministre et celle de député, qui le sont effectivement dans l'histoire du parlementarisme, contourne en réalité

les deux logiques, parlementaire comme présidentielle. La logique parlementaire puisque, par définition, elle ne remet pas la légitimité du ministre entre les mains du Parlement obligeant le président de la République à nommer des ministres membres du Parlement ou ayant sa confiance ; la logique présidentielle de la Constitution de 1958 aussi qui veut que les ministres ne soient désignés qu'au regard de la seule volonté présidentielle et primo-ministérielle. Coupée de ses deux fondements théoriques elle n'est plus qu'un gadget d'une sorte de « sous-droit » constitutionnel à vocation médiatique fait pour donner l'illusion de la souveraineté du suffrage universel dans ce que l'on nomme pour l'occasion « démocratie parlementaire » et de l'importance de la fonction de député que la pratique présidentialiste malmène tant par ailleurs.

Cette « *pseudo-“règle”* » illustre en réalité la double dérive de « déparlementarisation » de nos institutions et de leur corrélative déresponsabilisation.

Déparlementarisation car elle fait perdre de vue ce qui caractérise un régime parlementaire (qui n'est pas seulement un régime dans lequel existe un Parlement comme s'en moquait Joseph-Barthélémy dans ses manuels des années trente et comme on aurait tendance à le croire aujourd'hui en

écoutant le personnel politique) en même temps qu'elle surévalue la portée d'une élection pour trancher des questions de responsabilité. Dans un régime parlementaire la responsabilité politique du gouvernement est collégiale et non individuelle. Elle s'exerce devant le Parlement à travers le possible usage des dispositions de l'article 49 de la Constitution : le Gouvernement, c'est-à-dire l'ensemble des ministres, doit partir quand il ne dispose plus de la confiance de l'Assemblée nationale. Elle présente ainsi des garanties qui font d'elles une véritable procédure d'engagement de responsabilité que ne présente pas la simple élection d'un député : le déclenchement du processus ne dépend de la seule volonté de l'autorité en cause, ici le ministre qui se fait candidat ; les choix ne sont pas clairement motivés et ne manifestent pas expressément une volonté de sanction à l'encontre de la personne mise en cause à la supposer identifiée ; la sanction n'est enfin pas révocatoire, c'est-à-dire qu'elle ne conduit à l'interruption prématurée de l'exercice de la fonction². Certes, le ministre battu n'entrera pas en fonction mais pour quelle raison exactement ? Celles tenant à sa personnalité ou à la politique qu'il est réputé incarner avec le soutien du chef de l'Etat ?

Un éclairant précédent : 1967

Ce n'est certes pas la première fois que l'on ferait passer pour des règles

institutionnelles des expédients électoraux à géométrie variable. Fait sans doute oublié par nos gouvernants actuels, mais cette injonction avait déjà été faite aux débuts de la V^e République, à l'occasion des élections législatives de 1967³. Très perplexe sur la possibilité que se reproduise ce que l'on considère encore comme une « divine surprise » de l'existence une majorité parlementaire homogène, soudée et disciplinée au service du président de la République apparue à la faveur des élections législatives de 1962, le général de Gaulle imposa aux ministres – sauf André Malraux – du 3^e Gouvernement Pompidou (8 janvier 1966 – 1^{er} avril 1967) d'être candidat aux élections législatives, y compris ceux qui, considérés comme des « techniciens », n'avaient jamais été parlementaire : Pierre Messmer à Lorient, Louis Joxe à Quimper, François Missoffe à Brest, Edgard Pisani à Saint-Pol-de-Léon et M. Couve de Murville dans le 7^e arrondissement de Paris face à Edouard Frédéric-Dupont. Ils sont alors des « candidats officiels » et sont censés inciter les électeurs à voter pour *l'Union des démocrates pour la V^e République* afin que surgisse à nouveau une « Majorité » : comment ne pas élire député des ministres en vue du Gouvernement ? Mais il leur imposa aussi de démissionner s'ils étaient battus. Tous furent élus sauf Couve de Murville et Messmer. La chose étant embarrassante au vu de la personnalité du ministre des Affaires étrangères et de celui des Armées dont la

présence auraient cruellement manqué au Gouvernement. Que faire ? Il ne pouvait être question de ne pas les reconduire. La « règle » fut donc changée rétroactivement : on prétendit qu'elle ne s'appliquerait pas aux ministres battus qui n'étaient pas déjà député avant les élections. Tous deux conservèrent donc leur maroquin dans le 4^e Gouvernement Pompidou (6 avril 1967 – 31 mai 1968) contrairement à Jean Charbonnel et Alexandre Sanguinetti qui, élus depuis 1962, ne furent pas réélus députés.

Qu'en conclure ? D'abord que l'injonction de l'actuel président de la République n'est pas nouvelle puisqu'elle fut déjà appliquée du temps du général de Gaulle. Brevet de gaullisme et d'orthodoxie de Ve République ? Preuve surtout que ce type de pratique politique tendant à légitimer les gouvernants alors qu'elle n'est qu'un expédient à géométrie variable est ancienne. Preuve enfin que l'érection rétrospective de ce genre d'injonction en règle institutionnelle solennelle alors qu'elle traduit une méconnaissance des mécanismes constitutionnels est douteuse. Car, il en va de cette pseudo « règle » comme des « conventions de la Constitution » et autres pratiques politiques : elles ne fonctionnent que si l'on désire les faire fonctionner et ne valent que jusqu'au moment où l'on a plus

intérêt à les appliquer et à les faire passer pour un principe constitutionnel ce qui, d'une certaine manière, est le contraire même du droit. Si donc le droit constitutionnel est un droit politique il faut aussi reconnaître que la politique voisine souvent mal avec le droit constitutionnel.

¹ <http://blog.juspoliticum.com/2017/04/07/election-presidentielle-les-illusions-du-presidentialisme-programmatique/>

² Trois critères dégagés par P. Ségur, *La responsabilité politique*, PUF, coll. "Que-sais-je ?", 1998, p. 78-81.

³ L'auteur remercie vivement le Pr. Jean-Marie Denquin de lui avoir fait part de ses souvenirs personnels sur ce point oublié de l'histoire politique française.

le 19 juin 2017

Le décret du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du pouvoir exécutif : un petit pas pour le droit gouvernemental et la transparence de la vie publique

Matthieu Caron

**Maître de conférences,
Université de Valenciennes**



Palais de l'Élysée, Paris

© vostok 91 CC BY-SA 2.0

blog.juspoliticum.com

Jusqu'à présent, aucune disposition expresse n'interdisait aux membres du pouvoir exécutif d'embaucher un membre de leur famille. Selon le décret du 14 juin 2017, le Président de la République et les membres du Gouvernement ne peuvent compter parmi les membres de leur cabinet leur conjoint, leurs enfants, leurs parents, etc. La violation de cette interdiction emporte l'illégalité de l'acte de nomination et la cessation de plein droit du contrat. Quelles conséquences politiques et juridiques tirer de ce décret, à la fois en termes de droit gouvernemental et de transparence de la vie publique ?

Ce 14 juin 2017, sur la proposition du garde des sceaux, ministre de la justice, trois textes portant sur la transparence de la vie publique ont été inscrits à l'ordre du jour du Conseil des ministres : un projet de loi organique et un projet de loi ordinaire visant à rétablir la confiance dans l'action publique ainsi qu'un décret relatif aux collaborateurs du président de la République et des membres du Gouvernement. Ce dernier, paru au *Journal officiel* du 15 juin, donne matière à réflexion à tous ceux qui s'intéressent aux questions relatives à la transparence de la vie publique ainsi qu'au droit gouvernemental.

Faisant suite au décret du 18 mai 2017 régissant les effectifs des cabinets ministériels¹

et à la circulaire du 24 mai 2017 relative à la méthode de travail du Gouvernement, le décret du 14 juin 2017 vient d'abord confirmer que le droit gouvernemental est un droit où l'écrit occupe une place très conséquente². Mais surtout, il constitue, s'il en était besoin, une nouvelle démonstration de l'autonomie organisationnelle du Gouvernement et d'ailleurs de ses excès (1). Sur le fond, en interdisant les emplois familiaux³, ce texte entreprend le processus d'abolition de la « République des conjoints », ce qui représente une victoire symbolique pour la transparence et l'exemplarité de la vie publique⁴ (2).

1. Une nouvelle démonstration de l'autonomie organisationnelle du Gouvernement et de ses excès

Le décret du 14 juin 2017 est un décret en Conseil d'État et en Conseil des ministres qui comporte une compilation peu ordinaire de visas constitutionnels : « *Vu la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, notamment son article 16 ; vu la Constitution, notamment ses articles 5, 19, 20, 34 et 37* ».

Le visa de l'article 16 de la DDHC signifie, qu'au nom de la séparation des pouvoirs, le législateur n'a pas compétence pour régir les questions relevant de l'ordre intérieur du Gouvernement. Il s'agit là d'un pouvoir exercé concurremment par

le président de la République, le Premier ministre et le Gouvernement en vertu des articles 5, 19, 20 et 37 de la Constitution ainsi qu'a eu l'occasion de le rappeler le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 10 novembre 2011⁵.

À la mention de l'article 16 de la DDHC vient principalement s'ajouter le visa de l'article 37 de la Constitution, lequel indique nettement que l'organisation des cabinets ministériels relève du pouvoir réglementaire autonome et non du pouvoir législatif. En l'espèce, il appartenait effectivement au pouvoir réglementaire de préciser le périmètre et les modalités de l'interdiction des emplois familiaux ayant trait au pouvoir exécutif. Fait relativement nouveau cependant : alors que sous la V^e République, la réglementation des cabinets a été principalement régie par la coutume gouvernementale, en l'espace d'un mois, deux décrets (ceux du 18 mai et du 14 juin) sont venus réglementer la vie des cabinets. L'autonomie organisationnelle du Gouvernement tendrait-elle à changer de forme, la coutume s'effaçant peu à peu au profit de dispositions textuelles ? L'avenir nous le dira. En attendant, si le recours au texte aux dépens de la coutume est de nature à rigidifier l'action gouvernementale, au moins a-t-il le mérite de favoriser la transparence et l'État de droit.

Or, c'est là que le bât blesse toutefois : le recours à un texte ne garantit rien en lui-même dès lors que le pouvoir exécutif a toute latitude pour en déterminer le contenu. S'il est indispensable que l'Exécutif jouisse d'une autonomie organisationnelle, on peut légitimement se demander si elle doit concerner la réglementation du statut du président, des membres du Gouvernement et de leurs entourages. Une lecture de la séparation des pouvoirs favorable à la démocratie n'implique-t-elle pas, au contraire, que la détermination des statuts des membres du pouvoir exécutif et des membres de l'administration gouvernementale, soit régie par le Parlement ? Mais une telle solution n'est plus possible en l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dans son énigmatique décision du 9 août 2012, le Conseil constitutionnel a jugé contraire au principe de la séparation des pouvoirs la fixation, par voie législative, de la rémunération du président de la République et des membres du Gouvernement⁶. Une telle jurisprudence oblige le pouvoir exécutif, quand bien même il ne le souhaiterait pas, à définir lui-même ses propres statuts, de même qu'elle interdit symétriquement au Parlement de s'emparer de la question. Ainsi le Président Hollande a-t-il dû définir lui-même le régime des anciens présidents de la République ce qui a pu apparaître comme une forme de

« privilège auto-conféré »⁷. À dessein, la doctrine a souligné toute l'incongruité de la décision du 9 août 2012, de même qu'elle en a démontré toutes les faiblesses en termes d'argumentation juridique⁸. Aussi, serait-il vraiment sage que, le moment venu, – et le plus tôt sera le mieux –, le Conseil constitutionnel revienne sur cette position prise à la hâte et « politiquement rétrograde »⁹. Car, dans une grande démocratie, la question du statut des gouvernants doit être débattue publiquement au sein du Parlement.

En vérité, le Parlement n'est pas tout à fait absent de ce processus de lutte contre le népotisme entourant les cabinets ministériels. En vertu de l'article 34 de la Constitution, seul le législateur peut déterminer les crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables. En conséquence, si le décret du 14 juin dispose qu'il doit être mis fin, dans un délai de deux mois, aux fonctions d'un collaborateur familial, il reviendra au législateur de préciser que « le fait, pour un membre du Gouvernement, de compter une personne de sa famille parmi les membres de son cabinet (...) est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende » (Article 3 du projet de loi). Qu'il paraît ainsi déjà loin et révolu le temps où, comme nous l'enseignait le *Journal officiel*, Jacques Chirac employait sa fille avant que Nicolas Sarkozy ne nomme son épouse¹⁰.

2. La fin programmée de la « République des conjoints »

La République française se singularise depuis longtemps par le règne des entourages familiaux¹¹. Daniel Wilson, le gendre de Jules Grévy, fut à l'origine du scandale des décorations. Paul Auriol, le fils du président Auriol, fut nommé secrétaire général adjoint de l'Élysée. Jean-Christophe Mitterrand fut conseiller pour les affaires africaines de son père. Claude Chirac fut la conseillère en communication officielle de son père. Cécilia Sarkozy fut conseillère technique lors du passage de son mari à Bercy tandis que l'une de ses filles fut installée dans un des logements normalement réservé à un ministre de la République.

Le décret du 14 juin 2017 vient mettre un terme bienvenu à cette douteuse pratique des emplois familiaux du pouvoir exécutif. Si elle n'a jamais été interdite, une telle pratique délétère a toujours exposé les membres du pouvoir exécutif au risque de la prise illégale d'intérêts de l'article L. 432-12 du code pénal. Il est à noter que cette interdiction sera également étendue au Parlement et aux collectivités territoriales par la voie législative. En ce qui concerne le Parlement, l'article 4 du projet de loi rétablissant la confiance dans l'action publique devrait modifier l'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre

1958 afin d'interdire à un député ou à un sénateur d'employer en tant que collaborateur parlementaire des membres de son entourage familial. De même, s'agissant des collectivités territoriales, l'article 5 du même projet de loi prévoit une modification de l'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 en vue d'interdire aux autorités territoriales de recruter des membres de leur famille.

Pour bien mesurer les enjeux d'une telle interdiction, l'on se référera à l'étude d'impact adossée au projet de loi.

« Les objectifs poursuivis par l'interdiction pour les membres du Gouvernement, les parlementaires et les élus locaux de nommer ou d'employer un membre de leur famille proche sont, en mettant en balance un objectif d'intérêt général avec le droit au respect de la vie privée et la liberté contractuelle :

1°) la moralisation de la vie publique et la probité des responsables politiques en étendant aux plus hauts responsables politiques la théorie dite « des apparences », mise en avant par la Cour européenne des droits de l'homme, applicables aux fonctions juridictionnelles (...);

2°) la diminution des risques de conflits d'intérêts avec les membres de la famille et d'accusations avérées ou supposées de népotisme ;

3°) la transparence de la vie publique en ce que les membres du Gouvernement qui souhaitent nommer comme collaborateur au sein de leur cabinet des membres de leur famille au-delà de leur famille proche, devront indiquer leurs liens familiaux à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Les potentielles embauches dites « croisées » de proches entre des parlementaires au sein d'une même assemblée (proche d'un député employé par un collègue du député) ou entre les deux assemblées (proche d'un député employé comme collaborateur parlementaire d'un sénateur), ou bien entre membres du Gouvernement (proche d'un ministre nommé au sein du cabinet d'un collègue ministre) devront également être indiquées à la Haute Autorité. Celle-ci pourra faire usage de son pouvoir d'injonction qu'elle tient de l'article 10 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique s'agissant des membres du Gouvernement (injonction de faire cesser une situation de conflit d'intérêts, possibilité de rendre publique cette injonction après avoir mis l'intéressé à même de faire valoir ses observations dans un délai d'un mois) »¹².

Si la fin de la République des familles constitue une avancée pour l'exemplarité et la transparence de la vie publique, elle n'est qu'une étape, parmi bien d'autres, dans la restauration du lien de confiance qui unit les gouvernés aux gouvernants. Sans discuter

ici de la pertinence de l'ensemble des projets de loi visant à restaurer la confiance dans l'action publique du 14 juin, qu'il soit permis de formuler deux remarques.

En premier lieu, le décret du 14 juin et les projets de loi susmentionnés passent sous silence l'aspect primordial du problème du népotisme : celui des relations entre le pouvoir exécutif et les milieux d'affaires. La séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir économique demeure, en effet, un relatif impensé juridique si bien que nos gouvernants peuvent continuer à entretenir des liaisons dangereuses avec les groupes de pression, s'exposer à des conflits d'intérêts au parfum de scandale, s'accommoder du pantouflage sinon le promouvoir, récompenser leurs amis politiques en les nommant à des emplois prestigieux ou encore, attribuer des marchés publics à leurs entourages sans nécessairement avoir à en répondre.

En second lieu, il faut reconnaître que le processus de restauration de la confiance dans la vie publique qui a été engagé, souffre de trois défauts principaux. Tout d'abord, les mesures qui ont imaginées ont malheureusement été davantage commandées par l'actualité que par une réflexion au long cours. Ensuite, il est regrettable, qu'en raison de la décision du Conseil constitutionnel du 9 août 2012, le Gouvernement ait dû spécialement prendre

un décret pour interdire aux membres du pouvoir exécutif l'emploi des membres de leur famille. Alors que le Conseil exige sans cesse la clarté et l'intelligibilité de la norme, avec ce type de décision, il participe lui-même à l'illisibilité du droit, de même qu'il fait obstacle à son unité. Pour éviter une telle parcellisation, il eût été vraiment préférable que l'ensemble des dispositions concernant les emplois familiaux figure dans le projet de loi ordinaire. Enfin, de manière plus générale, il est fâcheux, qu'une fois encore, la question du statut des responsables publics et de leurs entourages soit abordée de manière aussi partielle. Une grande loi portant statut de tous nos responsables publics et de leurs entourages serait vraiment la bienvenue. Manifestement, il faudra sans doute attendre un prochain scandale pour que l'on s'y attèle car, en matière de transparence, nécessité est toujours mère d'industrie.

¹ Décret n° 2017-1063 du 18 mai 2017 relatif aux cabinets ministériels, J.O. du 19 mai 2017.

² Sur ce point, cf. : M. Caron, *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement. Recherche sur le droit gouvernemental de la V^e République*, LGDJ, 2015.

³ Précisément, peuvent plus faire partie de leur cabinet : « 1° Leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin ; 2° Leurs parents, enfants, frères et sœurs ainsi que leurs conjoints, partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou concubins ; 3° Leurs grands-parents, leurs petits-enfants et les enfants de leurs frères et sœurs ; 4° Les parents, enfants et frères et sœurs de leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin » (Décret n° 2017-1098 du 14 juin 2017 relatif aux collaborateurs du Président de la République et des membres du Gouvernement, J.O. du 15 juin 2017).

⁴ Sur ce point, cf. : M. Caron, « Finissons-en avec la République des conjoints ! », *Le Monde* du 31 janvier 2017.

⁵ Cons. const., n°2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse et autres (Secret défense)*, Rec. p. 528, §19, 21, 24, 36.

⁶ Cons. const., n°2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*, Rec. p. 461, §79-83.

⁷ P. Wachsmann, « Le statut des anciens présidents de la République : de la déclaration d'inexistence évitée à l'indécence affichée », *Recueil Dalloz*, n°34, 13 octobre 2016 ; M. Caron, « Le décret du 4 octobre 2016 relatif au statut des anciens présidents de la République : entre transparence et fait du prince », *AJDA*, n°41, 5 décembre 2016, p. 2319-2323.

⁸ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, juillet 2013, n°9 ; M. Clorennec-thys, « Le Conseil constitutionnel et l'inscription du traitement du Président de la République en loi de finances », *Droit administratif*, mars 2013, n°3, p. 27-28 ; R. Lanneau, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative à la Loi de finances rectificative pour 2012, Gestion et finances publiques, avril 2013, n°4, p. 25-29.

⁹ O. Beaud, *loc. cit.*

¹⁰ Arrêté du 19 mai 1995 portant nomination à la présidence, J.O. n° 118 du 20 mai 1995, p. 8447 & Arrêté du 16 avril 2004 portant nomination au cabinet du ministre d'Etat, J.O n° 97 du 24 avril 2004, p. 7503.

¹¹ Cf. « L'opacité financière régnant dans les entourages de l'exécutif », in X. Bioy, J.-M. Eymeri Douzans & S. Mouton (Dir.), *Le règne des entourages, Cabinets et conseillers de l'exécutif*, Presses de Sciences Po, novembre 2015, p. 313-336.

¹² Étude d'impact du projet de loi rétablissant la confiance dans l'action publique (JUSC1715753L).

le 5 juillet 2017

La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire

Elina Lemaire

**Maître de conférences HDR,
Université de Bourgogne-Franche-Comté**



Palais du Luxembourg, Paris

blog.juspoliticum.com

Instrument du parlementarisme rationalisé, la procédure d'urgence (devenue procédure accélérée en 2008), permet au gouvernement d'abréger la discussion parlementaire d'un projet ou d'une proposition de loi. Alors qu'elle était destinée à rester une procédure exceptionnelle, elle se banalise sans que son contrôle, pourtant possible, soit effectif. C'est un bel exemple de l'affaissement du Parlement résultant davantage de la pratique que des textes.

Macron l'avait promis pendant sa campagne : s'il était élu à la présidence de la République, il ferait de la « procédure d'urgence [sic] la procédure par défaut d'examen des textes législatifs afin d'accélérer le travail parlementaire »¹. De fait, le gouvernement a engagé la procédure accélérée sur neuf des dix-sept projets de loi déposés au Sénat entre l'investiture du nouveau chef de l'État (le 14 mai dernier) et la fin du mois de juin. Les projets les plus importants sont, sans exception, concernés : projet de loi et projet de loi organique rétablissant la confiance dans l'action publique, projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, projet de loi prorogeant l'application de la loi relative à l'état d'urgence, etc. Autant de textes dont on pourrait légitimement penser qu'ils mériteraient un examen approfondi de la part des parlementaires.

Instrument du parlementarisme rationalisé, la procédure « d'urgence » faisait partie de l'arsenal mis à la disposition de l'exécutif par le constituant de 1958 dans le cadre de la procédure d'élaboration des lois. Son objet était de permettre au gouvernement d'abréger la discussion parlementaire d'un texte, en cas précisément *d'urgence*, comme son appellation le laissait entendre – avant 2008. Car la procédure « d'urgence » a été rebaptisée procédure « accélérée » lors de la dernière révision de la Constitution. Contrairement aux apparences, cette transformation terminologique n'est pas anodine : afin de faire cesser l'inadéquation entre le texte écrit et la pratique politique (on y reviendra), la nouvelle appellation fit perdre de vue le fondement de l'utilisation de la procédure (l'urgence) au profit – exclusivement – de ses effets (l'accélération du temps législatif). Autrement dit, il n'est plus nécessaire depuis 2008 qu'il y ait urgence pour aller vite ; il suffit simplement... de vouloir aller vite².

Une procédure d'examen et de discussion des textes dérogatoire au droit commun

Le régime de cette procédure est très brièvement défini à l'article 45 de la Constitution et, à titre complémentaire, dans les règlements des deux assemblées³. La procédure accélérée – qui peut concerner

à la fois les projets et les propositions de loi – est engagée, en application de l'article 45, par le gouvernement. Cet engagement a deux conséquences : d'une part, il permet de déroger aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 42 de la Constitution ; d'autre part, il permet au Premier ministre (ou aux présidents des deux assemblées, selon qu'il s'agit d'un projet ou d'une proposition de loi), d'abrégé le cours de la « navette ». Examinons ces deux aspects.

- L'alinéa 3 de l'article 42 de la Constitution, dont la rédaction résulte d'une innovation bienvenue de la révision constitutionnelle de 2008, impose, en première lecture, un délai minimum de six semaines entre le dépôt d'un texte⁴ devant la première assemblée saisie et sa discussion en séance, et de quatre semaines entre la transmission du texte à la seconde assemblée et sa discussion en séance⁵. L'objectif de cette réforme était de rallonger le temps de la réflexion parlementaire en amont de la discussion publique, c'est-à-dire principalement au sein des commissions parlementaires, dont le rôle a fait l'objet d'une revalorisation considérable en 2008. Dans l'hypothèse où la procédure accélérée est engagée, il n'y a plus de délai minimum pour l'examen des projets et propositions de loi en première lecture dans les

commissions compétentes des deux assemblées : c'est bien une dérogation à la règle définie en 2008.

- L'engagement de la procédure accélérée permet ensuite d'abrégé le cours de la « navette ». Depuis 1958, l'article 45 habilite le Premier ministre à interrompre le mouvement de va-et-vient d'un texte entre les deux assemblées – mouvement qui, en théorie, peut durer indéfiniment – en provoquant la réunion d'une instance de conciliation, composée de représentants des deux Chambres (la Commission Mixte Paritaire) et chargée de proposer un texte sur les dispositions du projet ou de la proposition de loi pour lesquelles un désaccord subsiste entre les deux assemblées. La réunion de cette Commission Mixte Paritaire ne peut, en application des dispositions de l'article 45, être provoquée avant que chaque chambre ait procédé à deux lectures du texte. Par dérogation à ces dispositions, l'engagement de la procédure accélérée permet au Premier ministre (ou, depuis 2008 et dès lors qu'une proposition de loi est en cause, aux présidents des deux assemblées agissant conjointement) de convoquer la Commission après une seule lecture par chacune des deux assemblées⁶.

Une opposition juridiquement possible, mais inexistante en fait, à l'engagement de la procédure accélérée

Avant 2008, députés et sénateurs – auxquels, on le sait, échappait assez largement la maîtrise de leurs travaux – n'avaient aucun moyen de s'opposer à cette accélération du temps législatif. L'engagement de la procédure d'urgence était décidé unilatéralement par le gouvernement – et dans les faits, de façon concertée « entre Matignon et le ministre responsable » du texte concerné⁷. En principe réservé par la Constitution aux cas d'urgence, le recours à la procédure était devenu en pratique, par une sorte de renversement entre le principe et l'exception, « la règle dans l'organisation des débats parlementaires »⁸. Pressés par les impératifs de performance, contraints par l'encombrement de l'ordre du jour ou confondant, plus prosaïquement, « l'urgence de la loi avec l'impatience du ministre »⁹, les gouvernements successifs n'ont pas hésité à pratiquer un véritable détournement de procédure et à recourir à la procédure d'urgence sans motif valable – c'est-à-dire sans urgence avérée¹⁰. La délibération parlementaire et, par suite, la qualité de la loi en ont inexorablement pâti¹¹.

C'est dans ce contexte que le Comité Balladur a, en 2008, suggéré de mettre un terme aux abus de l'exécutif en permettant aux

parlementaires de s'opposer à l'engagement de la procédure d'urgence. La nouvelle mouture de l'article 45, proposée par le Comité, était vague dans sa rédaction : la procédure « d'urgence » (le Comité n'avait pas suggéré de modification terminologique) pourrait être engagée par le gouvernement si « les deux assemblées » n'y étaient pas « opposées »¹². À charge pour l'Assemblée Nationale et le Sénat de définir, dans leurs règlements respectifs et en toute liberté, le régime de ce veto parlementaire.

Dans le projet de loi constitutionnelle élaboré par l'exécutif, le régime du veto fut soigneusement précisé de façon à rendre son prononcé hautement improbable. Selon la rédaction finalement retenue de l'article 45, il revient en effet aux deux conférences des présidents¹³ des deux assemblées d'agir conjointement pour empêcher l'engagement de la procédure devenue « accélérée »¹⁴. L'actuel président de l'Assemblée Nationale, M. François de Rugy, qui avait alors dénoncé une « supercherie », ne s'y était pas trompé : « on essaye de nous faire croire, ainsi qu'à l'opinion, déclarait-il lors des débats, que les pouvoirs du Parlement sont renforcés, alors qu'en fait, on ne renforce, au mieux, que les pouvoirs de la majorité parlementaire, qui se confond en général avec celle du Gouvernement puisque celui-ci en est issu. Je ne vois donc même pas l'intérêt de cette

disposition »¹⁵. Curieusement, sa mise en garde et ses propositions alternatives (parmi lesquelles la limitation, par session, du nombre de recours à la procédure accélérée) n'avaient rencontré aucune audience chez les parlementaires.

La suite des événements lui a (évidemment) donné raison : malgré leur persistant agacement, les parlementaires ne sont jamais parvenus à s'opposer au recours à la procédure accélérée¹⁶. La conférence des présidents du Sénat a bien tenté, en juin 2014, de refuser son engagement pour l'examen du projet de loi relatif à la délimitation des régions¹⁷. Ce fut sans succès, la conférence des présidents de l'Assemblée Nationale ne l'ayant pas suivie.

La réforme de 2008 n'a donc pas conduit, comme l'on pouvait s'y attendre, à prévenir les dérives observées sous les précédentes législatures. Aussi, après un éphémère coup de frein dans les dix-huit mois qui ont suivi la révision de la Constitution – le taux d'engagement de la procédure accélérée passant alors de plus de 65 % entre mars 2008 et mars 2009 à 26 % entre mars 2009 et mars 2010¹⁸ – le gouvernement a rapidement repris ses – mauvaises – habitudes. Sous la XIV^e législature, ce sont ainsi 216 des 449 textes définitivement adoptés par le Parlement qui ont fait l'objet d'une procédure accélérée, soit

près d'un texte sur deux – souvent les plus importants. Contrairement à *l'esprit* général de l'article 45 (tel qu'il résulte de sa rédaction de 2008) – et non à sa *lettre*, qui ne fixe, quant à elle, pratiquement aucune limite à la prérogative gouvernementale –, la procédure accélérée est totalement banalisée. Il n'y a donc, dans la promesse de M. Macron de faire de la procédure accélérée la « norme » en matière d'élaboration parlementaire de la loi, ni rupture, ni renouveau, mais une relative et inquiétante continuité.

L'inquiétude n'a pas été dissipée à l'issue de la déclaration du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès – qui, il faut le souligner par ailleurs, comportait une série de propositions bienvenues (parmi lesquelles, et pour n'évoquer que les réformes institutionnelles concernant le Parlement, la diminution du nombre de parlementaires). Sur cette question du temps de la délibération parlementaire, le chef de l'État s'est en revanche montré évasif, semblant d'abord concéder qu'il faut conserver « le temps long du travail législatif », tout en préconisant – par exemple – la simplification de la navette, ou le « vote des lois » en commission pour « les cas les plus simples »¹⁹.

Tout juste intronisé, fort d'une majorité de soutien très large à l'Assemblée Nationale et disposant – à l'image de la plupart des

exécutifs des régimes parlementaires contemporains – de tous les instruments du parlementarisme rationalisé pour mener à bien ses ambitions de réforme, M. Macron n’a assurément pas besoin d’accélérer le temps de la délibération parlementaire. On ne saurait trop, à cet égard, lui conseiller de méditer cette observation de Guy Carcassonne : « pour faire de bonnes lois, on n’a pas encore inventé mieux que le Parlement »²⁰. À condition, bien entendu, de lui laisser le *temps* de travailler, conformément à l’esprit libéral de notre démocratie délibérative.

¹ Page 27 du programme du candidat, accessible sur le site Internet d’*En marche* !

² C’est (dans une certaine mesure) en assez bonne logique ce qu’a reconnu le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives*, en considérant qu’« aucune disposition constitutionnelle n’impose au gouvernement de justifier l’engagement de la procédure accélérée » pour rejeter l’argumentation des députés et des sénateurs auteurs de la saisine, qui faisaient valoir que le recours à cette procédure, qui n’était justifié « par aucune urgence », méconnaissait l’exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

³ V. (notamment) art. 102 du règlement de l’Assemblée Nationale et art. 24 bis du règlement du Sénat.

⁴ Ces dispositions ne s’appliquent pas aux projets de lois de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale et aux projets relatifs aux « états de crise ».

⁵ La question d’une durée minimum d’examen des textes en première lecture a fait, en 2008, l’objet d’après négociations, non pas tant sur son principe (qui semblait accepté de tous), mais sur la durée précise du double délai, chacun « tirant la couverture à soi ». Le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République suggérait de prévoir un délai de deux mois

devant la première assemblée, et d’un mois à compter de la transmission (*Une V^e République plus démocratique*, Paris, Fayard, La Documentation française, 2008, pp. 100-101). Ce double délai était réduit à un mois et quinze jours dans le projet de loi constitutionnelle par un exécutif – trop – pressé de voir adopter ses projets. En première lecture, l’Assemblée Nationale prévoyait six et trois semaines ; quant au Sénat qui, la plupart du temps, est saisi après l’Assemblée, il souhaitait huit et cinq semaines...

⁶ Entre 1958 et 2008, la procédure d’urgence avait pour seul effet, lorsqu’elle était engagée par le gouvernement, de permettre au Premier ministre de convoquer la Commission Mixte Paritaire à l’issue de la première lecture dans chacune des deux chambres. Elle n’avait pas d’incidence sur le délai d’examen du texte en commission dès lors que l’article 42, dans sa version antérieure à la révision de 2008, n’imposait pas de délai d’examen minimum.

⁷ Carcassonne, Guy, *La Constitution*, Paris, Le Seuil, 11^e éd., p. 220.

⁸ *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 78.

⁹ Comme l’écrivait de sa plume acérée Guy Carcassonne, *La Constitution*, op. cit., p. 220.

¹⁰ C’est déjà ce que déplorait l’auteur d’une thèse parue en 1981 : Michel-Desiré Pierre, *L’article 45 de la Constitution du 4 octobre 1958 : rationalisation de la navette parlementaire et équilibre des pouvoirs constitutionnels*, Paris, LGDJ, 1981, 499 p. Les statistiques annuelles et par législature sont par ailleurs accessibles sur le site Internet de l’Assemblée Nationale, comme sur celui du Sénat.

¹¹ Olivier Fuchs a ainsi démontré que les dispositions législatives qui ont fait l’objet d’une procédure accélérée sont davantage sujettes à la censure du Conseil constitutionnel que les autres, « La procédure législative d’urgence », *RDP*, 2009, n°3, pp. 761 s.

¹² *Une V^e République plus démocratique*, op. cit., p. 79.

¹³ Chaque conférence est notamment composée du président de l’assemblée, des vice-présidents, des présidents des commissions et des présidents des groupes parlementaires. Ces derniers disposent chacun, au sein de la conférence, d’un nombre de voix égal au nombre de parlementaires appartenant au groupe qu’ils président.

¹⁴ À l’initiative des députés : v. l’exposé des motifs extrêmement curieux de l’amendement n° 135 soutenu par MM. Richard Mallié et autres députés.

¹⁵ Assemblée Nationale, séance du 28 mai 2008.

¹⁶ L'opposition a ainsi contesté (sans succès) l'engagement de la procédure accélérée devant le Conseil constitutionnel pour violation de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires. V., pour deux exemples récents, Conseil constitutionnel, n^o 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, et Conseil constitutionnel, n^o 2012-649 DC du 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, précitée.

¹⁷ V. Pierre Avril, Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2014, 5^e éd., p. 254.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Déclaration du président de la République devant le parlement réuni en Congrès le 3 juillet 2017.

²⁰ *La Constitution, op. cit.*, pp. 194-195.

le 10 juillet 2017

La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron devant le Congrès : entre problèmes anciens et nouveaux usages

Nicolas Thiébaud

**Docteur,
Université Paris-Sud (Paris-Saclay)**



Château de Versailles

© Trizek CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Après Nicolas Sarkozy en 2009 et François Hollande en 2015, Emmanuel Macron s'est à son tour adressé en personne au Parlement réuni en Congrès. La troisième utilisation de ce nouveau mode de communication et les critiques qu'elle a suscitées viennent illustrer des problèmes classiques de la V^e République, qu'il s'agisse de l'articulation de la dyarchie exécutive ou de la tension entre le leadership présidentiel et son irresponsabilité. Elle constitue toutefois dans le même temps une forme de renouvellement de l'exercice.

En s'adressant au Parlement dans les semaines qui suivent son élection, Emmanuel Macron renoue – sous la forme orale toutefois¹ – avec une tradition républicaine que ses deux prédécesseurs avaient délaissée : le « message inaugural » prononcé par le chef de l'État à son arrivée en fonctions. Cette pratique s'observait déjà sous les III^e et IV^e Républiques. La physionomie du message y était toutefois différente. Transmis à la suite de son élection par l'Assemblée nationale, la communication du nouveau chef de l'État visait d'abord à remercier ses électeurs. Elle voulait également les assurer – dans la lignée du message de Jules Grévy et sauf les exceptions des messages de Casimir-Périer, Poincaré et Millerand – de sa soumission aux règles du régime parlementaire. Enfin,

le Président y énumérait un certain nombre d'objectifs de sa présidence qui apparaissaient à la lecture comme interchangeables entre les différents messages (garantir la tranquillité du pays, soutenir l'armée, etc.). Soumise à contreseing, l'expression présidentielle était réduite à l'expression d'une pensée consensuelle (sauf dans le cadre des messages de démission qui n'étaient pas soumis à cette formalité) et la position institutionnelle du Président ne le conduisait naturellement pas à exercer un quelconque *leadership*.

Tel n'est plus le cas sous la V^e République qui est venue renouveler la problématique des messages inauguraux dans le sillage de la redéfinition de la fonction présidentielle. Les enjeux associés à l'usage de la déclaration présidentielle au Parlement du 3 juillet dernier peuvent être appréhendés à travers une double triangulation, d'abord avec le Premier ministre, ensuite avec le peuple.

Un message présidentiel devant le Parlement qui met en porte-à-faux le Premier ministre

La déclaration présidentielle d'Emmanuel Macron était attendue sur le problème de son empiètement éventuel avec le discours de politique général du Premier ministre. Dès avant la tenue du discours, l'opposition dénonçait l'« humiliation »

(O. Faure, PS) que représentait la tenue de la déclaration présidentielle la veille du discours de politique générale. Le Premier ministre devait ainsi se voir privé de la possibilité de présenter la politique du Gouvernement et son discours de politique générale devait être « vidé [...] de toute substance » (P. Vigier, UDI).

Cette question de l'articulation du discours inaugural du Président et de celui de politique générale du Premier ministre n'est pas neuve et est naturellement liée au développement du rôle de chef de majorité du chef de l'État ; elle prolonge le débat récurrent sur le rôle respectif des deux têtes de l'Exécutif. Au cours de la Ve République, la consistance des messages inauguraux a évolué avec l'institution présidentielle pour devenir un outil de présentation de la politique présidentielle.

À vrai dire, ce caractère est encore assez peu marqué chez les premiers présidents : le programme qu'ils présentent est encore restreint et l'affirmation de leur rôle de chef de majorité réservé. Il en est ainsi des messages du général de Gaulle du 15 janvier 1959² et du message de Georges Pompidou du 25 juin 1969 où les auteurs procèdent essentiellement à l'énumération des grands enjeux auxquels il faudra faire face sous leur présidence.

Par la suite, c'est le besoin d'un programme présidentiel, autour duquel va se structurer la vie politique, qui va donner une nouvelle dimension aux messages d'installation des Présidents. L'élection présidentielle de 1974 représente à cet égard une rupture : alors que jusqu'ici l'attention portée au développement d'un programme politique pour la campagne présidentielle avait été peu marquée, François Mitterrand se réclame dans sa déclaration de campagne du 8 avril 1974 du programme commun de la gauche de juin 1972 ce qui force Jacques Chaban-Delmas et Valéry Giscard d'Estaing à élaborer à leur tour un programme présidentiel³. Le message inaugural de ce dernier, daté du 30 mai 1974, reflète cette évolution : il est ainsi ostensiblement divisé en deux parties, la première étant relative à son programme de chef de la majorité et la seconde à celui du « Président de tous les français ». Au début de son message, le nouveau Président précisait ainsi : « L'élection du 19 mai dernier, acte essentiel de la vie des institutions de la Ve République, m'a conféré, comme à tout autre qui eût été élu à ma place, une double responsabilité, celle de mettre en œuvre l'action politique que j'ai proposée au pays et celle de me comporter en Président de tous les Français. » Le fait qu'à partir de la présidence de Valéry Giscard d'Estaing, les messages présidentiels inauguraux deviennent les messages du chef

de la majorité parlementaire se répercute dans les discours de politique générale des Premiers ministres : la première déclaration du Premier ministre Jacques Chirac devant le Parlement est ainsi soumise aux « options claires qui ont été définies par le Président de la République », aux « changements [...] qui répondent à la volonté du Président de la République », à « l'orientation tracée par le Président de la République », aux « des directives du Président ». L'assimilation des deux programmes se projette sur les organes : c'est bien le chef de l'État qui est le chef réel de la majorité.

Ce caractère sera encore davantage marqué sous François Mitterrand (il subsistera, de manière moins marquée, chez Jacques Chirac). On connaît le passage célèbre de son message inaugural du 8 juillet 1981 : « Le changement que j'ai proposé au pays pendant la campagne présidentielle, que les Françaises et les Français ont approuvé, que la majorité de l'Assemblée nationale a fait sien, commande désormais nos démarches. [...] – J'ai dit à plusieurs reprises que mes engagements constituaient la charte de l'action gouvernementale. J'ajouterai, puisque le suffrage universel s'est prononcé une deuxième fois, qu'ils sont devenus la charte de votre action législative. » Le message présidentiel d'installation n'a jamais aussi clairement traduit sa nature gouvernementale

et, à travers l'utilisation du pronom « vous », le Parlement disparaît derrière la majorité parlementaire. Il faut noter que ce message n'est pas ici lu la veille du discours de politique générale du Premier ministre (Pierre Mauroy alors) comme cela a été le cas le 3 juillet dernier mais... le matin même.

La révision constitutionnelle de 2008 relative à l'article 18 de la Constitution annoncée par le président Sarkozy se plaçait dans le prolongement de cette évolution : la réforme du droit de message visant à permettre au chef de l'État de s'adresser directement aux parlementaires devait accompagner la réécriture des articles 5 et 20 de la Constitution destinée à mettre en accord les rôles des deux têtes de l'Exécutif tels que définis par le texte constitutionnel avec leurs rôles effectifs. En d'autres termes, la déclaration présidentielle devant le Congrès s'analysait officiellement comme l'outil d'un Président qui serait désormais chargé de « déterminer » la politique de la nation. Il s'agissait d'assumer le présidentielisme majoritaire de la V^e République jusque dans la présentation du projet politique au Parlement.

Si la redéfinition constitutionnelle des rôles du Président et du Premier ministre a été abandonnée (car elle posait problème en cas de cohabitation), la première utilisation qu'en a faite Nicolas Sarkozy paraissait

correspondre à l'usage que le promoteur de la réforme de 2008 lui prêtait originellement. Elle a ainsi été largement analysée comme un discours de politique générale par la doctrine en ce qu'elle constituait un véritable programme pour la législature. Son auteur n'a toutefois pas renouvelé l'expérience et son successeur a préféré recourir à la déclaration présidentielle dans le cadre des circonstances exceptionnelles des attentats de novembre 2015.

Si Emmanuel Macron et Édouard Philippe ont tenté de trouver un équilibre dans leurs discours respectifs, le premier tentant de présenter la philosophie du quinquennat et le second détaillant les mesures de la législature, certains passages du discours présidentiel (« La charte de notre action a été fixée durant la campagne et vous en connaissez les jalons, sur lesquels je ne reviendrai pas. Les engagements seront tenus. Les réformes et ces transformations profondes auxquelles je me suis engagé seront conduites. Le Premier ministre, Édouard Philippe, que j'ai nommé afin qu'il en soit le dépositaire à la tête du gouvernement, en présentera la mise en œuvre dans son discours de politique générale ») comme du discours primo-ministériel (« [le Président] durant la campagne et hier encore nous a montré le cap ») ne laissent pas de doute sur leur filiation.

En intervenant la veille du discours de politique générale et en se réappropriant l'institution créée en 2008 à laquelle il entend donner une récurrence annuelle, Emmanuel Macron entend donner sa pleine dimension à la réforme de 2008 et assumer le *leadership* présidentiel.

Concernant la procédure qui suit la déclaration présidentielle, certains parlementaires ont motivé leur décision de boycotter la réunion du Congrès par l'impossibilité de répondre au discours du Président. Lors du débat qui a suivi la déclaration présidentielle, Didier Guillaume, président du groupe PS au Sénat, a pour sa part annoncé que son groupe déposera une proposition de loi constitutionnelle visant à permettre au président de la République de débattre avec les chefs de groupe parlementaire.

À nouveau, ces critiques touchent un problème classique de la Ve République, celui de l'asymétrie entre le pouvoir présidentiel et son irresponsabilité. Si la reconnaissance au profit du chef de l'État de la possibilité de s'exprimer devant le Congrès s'inscrivait dans l'officialisation de son rôle de chef de majorité, cette avancée devait se concilier avec l'irresponsabilité du chef de l'État. Il ne s'agissait en effet pas pour le constituant de

2008 de faire évoluer la V^e République vers un régime où le Président deviendrait responsable devant le Parlement. D'où l'encadrement de cette faculté : outre le choix de cantonner ces interventions au cadre du Congrès (le projet initial prévoyait que le Président pouvait s'exprimer devant chacune des deux chambres) qui devait limiter leur fréquence et donc les risques de mise en cause du chef de l'État, le constituant dérivé a mis en place certaines garanties procédurales destinées à protéger l'irresponsabilité présidentielle : l'absence du Président lors du débat consécutif à son intervention et, surtout, l'interdiction de tout vote.

Si cette dernière interdiction apparaissait comme un rempart évident face à la mise en cause du Président, tel n'était pas forcément le cas de l'absence du Président du débat qui fut davantage discutée au moment de la réforme. Il faut d'abord souligner l'existence du débat lui-même : l'article 18 prévoit en effet toujours que la lecture des messages écrits n'est quant à elle suivie d'aucun débat ; ce qui a été jugé utile à la protection de l'irresponsabilité du Président en 1958 ne l'a pas été en 2008. L'absence du Président à l'occasion du débat postérieur à la déclaration présidentielle ne ressortait pas quant à elle du projet du comité Balladur qui semblait donc considérer que l'absence de vote était suffisante à la protection de l'irresponsabilité

présidentielle. Si finalement le projet de loi constitutionnelle comprendra une telle interdiction faite au chef de l'État, c'est certainement que le débat constitue le propre du Gouvernement responsable. On voit ici le problème que vient poser la reconnaissance au profit du chef de l'État irresponsable d'un droit d'entrée et de parole : la parole représente l'outil de l'interdépendance du Gouvernement et du Parlement et pose le problème du positionnement du Président dans cette relation.

Le compromis du monologue⁴, visant à assumer le présidentielisme tout en préservant le parlementarisme, apparaît peu satisfaisant mais ne fait que traduire cet aspect bancal de la fonction présidentielle, à la fois chef de la majorité parlementaire et irresponsable devant le Parlement. L'autre aspect bancal tient à ce que le véritable destinataire de ce message présidentiel est davantage le peuple que le Parlement.

Un message finalement destiné au peuple ?

La déclaration présidentielle s'adresse bien sûr d'abord aux parlementaires et le choix d'y recourir peut être conçu comme une traduction de la volonté de faire à nouveau du Parlement le lieu des annonces présidentielles, ainsi qu'une partie de la doctrine défendant

la réforme de 2008 le prétendait. Dans son discours, Emmanuel Macron a d'ailleurs expliqué son choix de revenir tous les ans devant le Congrès par cette raison : « Trop d'entre eux [les anciens Présidents] aussi ont pris des initiatives dont le Parlement n'était que secondairement informé pour que je me satisfasse d'en reconduire la méthode. Tous les ans, je reviendrai devant vous pour vous rendre compte. »⁵ Comme ses prédécesseurs, il a d'ailleurs réservé certaines de ses annonces (dont celle du projet de révision constitutionnelle, comme François Hollande en 2015) au Parlement⁶.

Mais à travers la médiatisation dont la déclaration présidentielle fait l'objet, le nouveau Président paraît également chercher à toucher les Français directement (et pas seulement *via* leurs représentants). Depuis son accession à l'Élysée, Emmanuel Macron a paru modifier son rapport aux médias et à l'« opinion publique ». On a en mémoire les controverses de ces dernières semaines sur la sélection des journalistes devant accompagner le Président au Mali, sur la volonté de l'Exécutif de mettre fin aux « off » ou sur la suppression de la traditionnelle interview du 14 juillet. Le nouveau Président s'est jusqu'ici très peu exprimé sur la scène nationale et le choix de le faire en recourant à une intervention devant le Congrès apparaît comme significatif. M. Macron souhaite opter pour une parole solennelle et rompre avec les

pratiques de ses prédécesseurs en matière de communication, tant avec l'omniprésence médiatique qu'incarnait Nicolas Sarkozy qu'avec les confidences régulières de François Hollande aux journalistes.

Le discours du chef de l'État devant le Congrès apparaît ainsi comme un instrument de « resolennisation » de la parole présidentielle. Le président de la République met là en œuvre les conseils de Jacques Pilhan qui a théorisé ce qu'on a pu qualifier de « silence présidentiel ». Selon le conseiller en communication de François Mitterrand et Jacques Chirac, le Président doit, pour être audible et surnager dans le bruit médiatique quotidien, préférer à une intervention fréquente dans les médias, des interventions ponctuelles et marquantes. En limitant ses interventions, le Président fait naître le désir d'être entendu ce qui permet de favoriser les reprises de ses interventions dans les médias et leur impact dans l'opinion.

L'utilisation de la déclaration présidentielle devant le Congrès apparaît particulièrement adaptée à cet exercice. Il s'agit tout d'abord d'une occasion rare, même si Emmanuel Macron entend en faire un usage annuel. Il s'agit ensuite d'une occasion solennelle. Cette solennité ressort notamment de la dramaturgie du dispositif : cadre versaillais, cérémonial qui entoure l'intervention, utilisation de la scénographie

(l'hémicycle et la tribune mettent en valeur l'orateur). Elle s'observe également à travers le mode d'expression du chef de l'État : la déclaration est une allocution, plus solennelle par exemple qu'une interview (l'orateur est en prise directe avec son auditoire, n'a pas de contradicteur, etc.).

La déclaration présidentielle devant le Congrès apparaît ainsi comme un instrument médiatique du chef de l'État l'inscrivant dans une évolution plus large de soumission de la vie institutionnelle à des impératifs de communication politique.

¹ Profitons-en pour souligner que le passage de l'écrit à l'oral au moment de la réforme constitutionnelle de 2008 ne se résume pas à une simple question de forme comme on le lit ces jours-ci. L'absence de droit d'entrée et de parole au profit du chef de l'État qui prévalait avant l'adoption de la loi constitutionnelle n'avait pas pour origine l'« accident de l'histoire » (*Rapport Warsmann*) qu'aurait représenté la loi de Broglie : il s'agissait là d'une règle (observable en France dès le début du XIX^e siècle) consubstantielle à la logique parlementaire et qui associe droit d'entrée et de parole et caractère responsable (pour ce qui concerne la loi de Broglie, toute la difficulté résidait justement dans l'impossibilité dans laquelle ses auteurs étaient d'interdire tout droit d'entrée de parole à Thiers, responsable devant l'Assemblée nationale, d'où la solution alambiquée du « cérémonial chinois » ; sur tous ces points, v. N. Thiébaud, *Étude sur la faculté du chef de l'État de s'adresser au Parlement en droit constitutionnel français*, th. dactyl., Université Paris-Sud (Paris-Saclay), 2016, p. 131-257).

² L'ensemble des messages et déclarations présidentiels de la Ve République est disponible sur le site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/evenement/archives/D46/>

³ Sur ces éléments, v. J. Massot. *La Présidence de la République en France*, La Documentation française, 1977, p. 113.

⁴ Qui, paradoxalement, n'est pas sans rappeler le « droit au monologue » (J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, rééd., Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2004, p. 17) du Président de 1873 organisé par la loi de Broglie.

⁵ À la lumière de ce que l'on a écrit précédemment on comprend toute l'ambiguïté de cette remise de compte pour un Président irresponsable.

⁶ Le recours au Congrès, qui permet au Président de s'adresser en même temps aux deux assemblées, pourrait également s'analyser comme une composante de l'« opération séduction » menée par le nouveau Président à l'égard du Sénat dont M. Macron a besoin notamment pour sa révision constitutionnelle. À côté de la création d'un groupe parlementaire au Sénat en juin, le Gouvernement a envoyé plusieurs signaux en ce sens dont le dépôt de projets de loi en priorité sur le bureau du Sénat.

le 31 juillet 2017

L'état d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel

Thomas Perroud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Vigipirate, Musée du Louvre

© Rama CeCILL ou CC BY-SA 2.0 fr

blog.juspoliticum.com

Si l'on peut avoir des appréciations différentes sur l'opportunité de normaliser l'état d'urgence, il est cependant un élément qui doit rassembler partisans et opposants de la réforme envisagée par le gouvernement : celle-ci a été élaborée à la hâte et sans évaluation transparente de l'efficacité des dispositifs. Autrement dit, le Parlement s'apprête à ratifier une éclipse de nos libertés sans s'interroger sur l'aptitude de ces mesures à atteindre leur objectif. Or, le Conseil constitutionnel, s'il acceptait de moderniser son contrôle de proportionnalité en s'inspirant des exemples étrangers, pourrait nous faire sortir par le haut de cette impasse. La Cour de justice de l'Union européenne comme la Cour constitutionnelle fédérale allemande ont une vision plus exigeante de la proportionnalité qui intègre l'efficacité de la mesure prévue et, pour cela, n'hésite pas à imposer au législateur un degré élevé de justification empirique des mesures. C'est le tournant que nous appelons de nos vœux, un tournant empirique de la jurisprudence, qui devra donc contrôler l'étude d'impact indigente de l'actuel projet.

L'état d'urgence divise profondément la population française : pour les uns tout est

bon pour lutter contre le terrorisme, quitte à abandonner nos libertés ; pour les autres, la loi discutée en ce moment au Parlement est intolérable, elle n'est pas compatible avec la nature libérale de notre État. En apparence, il n'est pas possible de réconcilier les points de vue qui procèdent de deux visions du monde opposées. Pourtant, il est un point sur lequel ces deux camps pourraient tomber d'accord : s'il était prouvé que l'abandon de nos libertés était efficace, les partisans de la liberté seraient peut-être susceptibles de raviser leur jugement. Mais pour l'instant, non seulement ce projet changera profondément le régime de nos libertés, mais en outre, il ne repose sur aucune étude empirique fondant, dans les faits, la politique gouvernementale. Le gouvernement se débarrasse donc de nos libertés sans examen approfondi de l'efficacité de l'état d'urgence. L'étude d'impact du projet de loi consacre à peine une page à chaque dispositif, sans qu'à aucun moment le bilan des dispositifs existant ne soit dressé. Le président Macron s'est signalé par son souci de fonder les prochaines réformes économiques sur des études sérieuses, les gouvernements précédents ont établi France Stratégie à cet effet, qui vient en appui du Conseil d'analyse économique (nous disposons donc, en matière économique de deux instances nationales, rattachées au Premier ministre, indépendantes, disposant d'experts reconnus alors que nous n'avons rien d'équivalent en

matière de police et de justice). Parallèlement, depuis vingt ans, tout a été fait pour démanteler tout l'appareil d'expertise des ministères de l'Intérieur et de la Justice. Didier Fassin, dans *La force de l'ordre* (Seuil, 2011), a bien montré cette évolution : « Après une période où la police s'était ouverte à la recherche, avec certes des difficultés admises de part et d'autre mais aussi des bénéfices mutuels reconnus, la politique mise en place au début des années 2000 marque un recul qui ramène plus de deux décennies en arrière, dans un domaine où la France commençait à peine à rattraper son retard par rapport aux pays occidentaux. (...) ». Les efforts de Christiane Taubira et Nicole Maestracci, dans le cadre de la Conférence de consensus de la prévention de la récidive, ont été finalement vains.

Or, c'est là que le Conseil constitutionnel, qui sera sûrement saisi de cette loi, pourrait nous faire sortir par le haut de cette situation et moderniser profondément notre État en imposant au législateur, quand il souhaite remettre en cause en cause les libertés, de fonder son jugement sur des études sérieuses (champ d'études que l'on appelle dans le monde anglo-saxon *evidenced-based law making*, soit l'élaboration de politiques basées sur des preuves, sur des faits). L'obligation d'impact des projets de loi a d'ailleurs fait l'objet d'une thèse, par Bertrand-Léo Combrade (L'obligation d'étude d'impact des projets de

loi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2017). Autrement dit, pour traduire ceci en terme contentieux, juger que la violation des libertés est disproportionnée si aucune étude empirique ne corrobore l'efficacité de ces mesures. Pour l'instant, le Conseil se refuse — en apparence en tout cas — à utiliser l'étude d'impact dans son contrôle pour l'intégrer au contrôle de proportionnalité. Or, des juridictions similaires à l'étranger ont franchi ce pas.

La Cour de justice et la Cour constitutionnelle fédérale allemande sont à la pointe de ces développements visant à pousser une élaboration de la loi fondée sur des faits et non des fantasmes. Pourquoi ces trois juridictions ? Leur point commun est de partager une conception très exigeante du contrôle de proportionnalité, que nous n'avons pas encore transposé, malheureusement, en France. En France, peu nous importe qu'une loi violant une liberté atteigne le but qu'elle se propose d'accomplir. En France, on peut mettre en prison sans se soucier que la mesure réduise le crime et bien sûr sans se soucier des conséquences personnelles de cette mesure. Ni la société ni les individus n'y trouvent leur compte. Peut-on continuer ainsi ?

Voyons donc comment on fait du contrôle de proportionnalité ailleurs !

Concernant l'Allemagne tout d'abord, la décision Hartz IV de 2010 constitue un tournant intéressant dans la prise en compte des études empiriques sous-tendant l'appréciation du législateur (125 BverfGE 175). Cette décision est même considérée comme le zénith de l'évolution jurisprudentielle de cette Cour dans la prise en compte de l'expertise. La Cour considère dans cette décision que le montant des allocations sociales des adultes et des enfants calculé par le Parlement est inconstitutionnel, à défaut d'être fondé sur des évaluations statistiques suffisamment solides. Le législateur se serait ainsi fondé sur des « estimations arbitraires » (§ 171, 175). Tout en ne rejetant pas complètement les méthodes statistiques utilisées, la Cour considéra qu'il n'appliquait pas cette méthode de façon suffisamment cohérente dans l'ensemble du texte. Cette décision est justement considérée comme constituant un changement de paradigme (Klaus Meßerschmidt, *Evidence-based review of legislation in Germany, The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 209–235).

De façon plus générale, la Cour suprême allemande impose au législateur de réunir les données pertinentes et de corriger sa politique en cas de changement de ces données. Dans des domaines aussi sensibles que la protection des libertés fondamentales, la protection de

la sécurité ou de la santé publique (loi sur le cannabis par exemple), le législateur se doit de fonder sa politique sur des études solides et, surtout, de surveiller l'application de la loi pour la réformer si elle ne se conforme pas aux évaluations préalables. La Cour n'hésite ainsi pas à donner des indications précises au législateur quant au type, à la nature et à la qualité des statistiques à rassembler (Flückiger 2016). Et il faut bien sûr corriger la législation qui serait devenue inefficace.

La Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit dans la même tendance. L'avocat général Sharpston a même avancé que les textes européens sans étude d'impact doivent être déclarés illégaux (C-310-04, §80-81 suiv. des conclusions). À défaut d'étude d'impact, ces textes risquent en effet d'être arbitraires et donc contraires au principe de proportionnalité qui impose de choisir, parmi les mesures législatives disponibles, la mesure qui permet d'atteindre l'objectif poursuivi de la façon la moins attentatoire aux libertés (c'est l'existence de ce test qui manque dans le contrôle de proportionnalité dans sa version française). La Cour impose ainsi au législateur européen, dans l'arrêt Staebelow (C-504/04), d'adapter la loi quand l'évolution du temps rend caduque les évaluations du législateur : « lorsque des éléments nouveaux modifient la perception d'un risque ou montrent que ce risque peut être circonscrit par des mesures

moins contraignantes que celles existantes, il appartient aux institutions, et notamment à la Commission, qui a le pouvoir d'initiative, de veiller à une adaptation de la réglementation aux données nouvelles.» (§40). Dans l'arrêt *The Rank Group* (C-259/10), elle a considéré qu'une disposition législative anglaise était devenue illégale (en contradiction avec la directive européenne sur la TVA) du fait de l'évolution technologique. Dans une autre affaire, la Belgique avait mis en place des mesures discriminatoires sur une base nationale restreignant la liberté de circulation des étudiants (C-73/08). La Communauté wallonne avait ainsi adopté un *numerus clausus* pour limiter l'afflux d'étudiants d'origine française, notamment en médecine. La justification avancée par l'État belge était double : d'une part un surcroît de dépense pour financer les études de ces étudiants et d'autre part un risque que la Belgique se retrouve en manque de médecin puisque ceux-ci repartiront en France après leurs études. L'aspect le plus intéressant de la décision de la Cour est qu'elle impose à la Cour constitutionnelle belge d'examiner la conventionalité de la loi sur la base d'une évaluation empirique solide en spécifiant la méthode à utiliser.

L'arrêt *Vodafone* est aussi intéressant (C-58/08). Il s'agit de la mesure imposant un tarif européen d'itinérance (§52 et suiv.).

Comme de nombreux commentaires l'ont remarqué, cet arrêt est intéressant car il applique le principe de proportionnalité de façon procédurale. La Cour se concentre bien, pour examiner la proportionnalité d'une mesure, sur les études mises en œuvre pour l'élaborer afin de juger si le législateur communautaire a bien basé son choix sur des critères objectifs : « À cet égard, il importe de rappeler, à titre liminaire, que la Commission a réalisé, avant d'élaborer la proposition de règlement, une étude exhaustive, dont le résultat est résumé dans l'analyse d'impact mentionnée au point 5 du présent arrêt. Il en ressort qu'elle a examiné différentes alternatives en la matière dont, entre autres, la réglementation soit des seuls prix de détail, soit des seuls prix de gros, soit des deux, et qu'elle a évalué l'impact économique de ces différents types de réglementations ainsi que les effets des différentes modalités de tarification ». Enfin, dans un arrêt *Conseil c. Espagne* (C-310/04), la Cour juge ceci : « Il en résulte que ces institutions doivent, à tout le moins, pouvoir produire et exposer de façon claire et non équivoque les données de base ayant dû être prises en compte pour fonder les mesures contestées de cet acte et dont dépendait l'exercice de leur pouvoir d'appréciation » (§123). (Roland Ismer and Christian von Hesler, *Ex post review of legislative prognoses by the European Court of Justice: the temporal dimension of*

rational law-making, *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 279–301; Rob van Gestel and Jurgen de Poorter, Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality, *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 155–185).

On le voit, il existe des pays dans lesquelles les politiques pénales et policières doivent être fondées sur des études solides garantissant la stricte nécessité de la mesure et surtout, son efficacité. À l'heure où l'on ne cesse de dire que l'État dépense trop, comment peut-on s'accommoder de ces dispositifs liberticides et coûteux dont on ne sait rien de l'efficacité? L'indigence de l'étude d'impact du projet, auquel le Conseil d'État n'a rien trouvé à redire, alors même qu'elle est proprement scandaleuse quand il ne s'agit rien moins que de changer de régime de liberté, doit motiver la censure. Non seulement elle imposera une remise à plat et une évaluation des mesures existantes, mais en outre le Conseil fondera, en droit constitutionnel, le recours à l'expertise indépendante dans les politiques publiques. C'est en outre un moyen de moderniser le contrôle de proportionnalité en France, qui n'est pour l'instant qu'une confrontation de préjugés et d'idéologies, du juge et du législateur. Le Conseil a pu être audacieux à certaines époques : dans les décisions Nationalisations et Privatisations, il

n'a pas hésité à réécrire la loi et même, dans la seconde, à imposer l'évaluation des actifs publics par une instance indépendante afin d'éviter de brader les biens publics. Il doit en faire autant ici.

le 20 octobre 2017

La Constitution et le statut des députés : que faut-il changer ?

Denis Baranger

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Assemblée Nationale, Paris

© Maria Eklind CC BY-SA 2.0

blog.juspoliticum.com

On trouvera ci-dessous la contribution tirée de l'intervention faite le 16 octobre dernier devant le groupe de travail « le statut des députés et leurs moyens de travail » créé dans le cadre des « Rendez-vous des réformes 2017-2022 pour une nouvelle Assemblée Nationale » (v. à ce sujet : <http://blog.juspoliticum.com/2017/10/13/les-conferences-des-reformes-pour-une-nouvelle-assemblee-nationale-initiative-bienvenue-issu-incertaine-par-elina-lemaire/>). Le texte ici présenté a été révisé et augmenté après l'audition publique (dont la capture vidéo est disponible ici : http://videos.assemblee-nationale.fr/video.4994565_59e4c73a5ce65.groupe-de-travail-statut-des-deputes--table-ronde-16-octobre-2017).

Votre groupe de travail a souhaité nous entendre en vue, je cite « *d'évoquer les grandes caractéristiques du statut des députés et de se demander si ce statut doit évoluer et pourquoi et s'il est indispensable pour le faire évoluer de modifier la Constitution* ». A titre liminaire, je souhaiterais situer la discussion au niveau, non pas du seul règlement de l'Assemblée nationale et de la loi mais aussi à celui de la constitution, même s'il va de soi que sa modification est plus difficile. Sans rentrer dans le détail, il me semble que le parlement

doit prendre au sérieux le principe de son autonomie constitutionnelle et ne pas en sous-estimer les implications. Certes, la constitution de 1958 encadre fortement cette autonomie et contient nombre de règles qui auraient relevé autrefois du règlement de chaque assemblée. Certes encore, le Conseil constitutionnel exerce, comme on le sait, un contrôle obligatoire, sur les règlements des assemblées. Certes enfin, comme le rappelle votre feuille de route : « *De nombreux éléments du statut des parlementaires ou qui ont une incidence sur ce statut ne relèvent pas de la Constitution : son article 25 renvoie en effet à la loi organique le soin de définir la durée des mandats, le nombre de parlementaires, leurs conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités* ».

Mais il me semble que cela ne doit nullement dissuader votre assemblée de se construire et de défendre, une conception propre de son rôle constitutionnel et des règles statutaires qui doivent en résulter. Le risque, autrement, est de voir les assemblées se trouver privées de doctrine face à celle, parfois un peu étouffante à mes yeux, d'autres institutions, qu'elles soient exécutives ou juridictionnelles.

Cela dépasse un peu le cadre de notre propos d'aujourd'hui, mais je pense qu'on tend en France à sous-estimer dans

les institutions le rôle du parlement comme organe d'expression de la volonté générale et la portée du principe d'autonomie des assemblées qui en est, à mes yeux, le corollaire indispensable. Il semble donc essentiel pour votre assemblée de se doter, comme ce fut le cas par le passé, d'une véritable « doctrine parlementaire ».

J'en viens maintenant au fond de mon propos. Le statut des députés a beaucoup évolué dans la période contemporaine. Que l'on rappelle simplement deux grandes lois récentes : la loi organique du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur ; et la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique.

Le statut des députés (et plus largement des parlementaires) doit cependant encore changer pour faire face aux mutations de l'action politique et aux attentes des citoyens. Cette nécessaire évolution statutaire doit prendre à mon sens deux directions principales :

- du point de vue de leur rôle au sein des institutions, il importe de renforcer les capacités d'action politique des parlementaires

- du point de vue de leur immunité constitutionnelle, il serait bon de rapprocher encore le statut des députés du droit commun.

I. Renforcer les capacités d'action politique des parlementaires

Parmi les thèmes évoqués dans la feuille de route, un certain nombre de pistes de réformes relèvent de ce que j'appellerais le domaine de l'opportunité institutionnelle. Ce sont ce que certains sociologues des institutions (par exemple Jon Elster) appellent des problèmes d'optimisation :

- quel est le nombre de parlementaires le plus adapté ?
- faut-il limiter le nombre de mandats successifs des députés ?

Je les appelle des « problèmes d'opportunité », non pas pour sous-estimer leur importance, mais parce qu'ils relèvent du jugement politique et de ce qu'au dix-neuvième siècle on appelait la « politique constitutionnelle ». Du point de vue du droit constitutionnel, si on me pardonne de reprendre une formule attribuée au général de Gaulle, « l'intendance suivra ». Les problèmes techniques afférents à tel ou tel choix constitutionnel ne sont pas insolubles. Ainsi,

la réduction du nombre de parlementaires envisagée par le président Macron supposera nécessairement un découpage électoral qui pourra être délicat, mais qui n'est pas techniquement impossible.

Par contre, d'autres réformes touchent au cœur de la structure du régime et de son organisation constitutionnelle. Elles doivent être pensées sous cet angle et ne pas être réduites à des problèmes techniques. Prenons-en deux exemples, tirés de la feuille de route :

1/ Les incompatibilités.

La question des incompatibilités professionnelles est devenue d'une grande complexité technique et je ne souhaite pas l'aborder en détail aujourd'hui. Qu'on me permette de dire, au rebours de ce qui semble la position la plus consensuelle (et celle reprise par les autres professeurs de droit participant à la réunion d'aujourd'hui) qu'à mon sens le métier de parlementaire est un métier à plein temps et que, par ailleurs, certaines pratiques (par exemple l'inscription au barreau en cours de mandat) sont de nature à susciter des interrogations.

Mais je vais me concentrer sur l'incompatibilité qui procède de l'article 23 de la Constitution et dont il ressort que : « *Les*

fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire (...) ».

Cette incompatibilité me semble la plus à même d'expliquer la difficulté, rencontrée par toutes les réformes postérieures à 1958 et tendant à « renforcer le parlement ». En effet, dans un régime parlementaire sain, la relation de confiance naît dans le fait pour les ministres de partager le statut de représentant de la nation et d'être associés à la pratique quotidienne des fonctions parlementaires. La suppression en 1958 de ce qui était un principe de base des régimes parlementaires classiques a eu pour but de consolider le pouvoir présidentiel. L'objectif a été pleinement atteint. Mais l'extériorité des ministres vis-à-vis des chambres parlementaires ne peut être jugée une bonne chose, même s'il est probablement inévitable – et sain – qu'il y ait une certaine proportion de ministres non-parlementaires.

Il est toutefois clair que revenir sur cette incompatibilité toucherait à la logique profonde du régime de la Cinquième République et modifierait ses grands équilibres. La manière dont ils seraient affectés n'est pas pour autant facile à prédire. Le pouvoir présidentiel pourrait s'en trouver affaibli. La majorité pourrait se considérer comme étant moins une « majorité présidentielle » et plus comme maîtresse de son propre sort

et de celui du gouvernement. Inversement, toutefois, la présence des ministres au sein du ou des groupes de la majorité pourrait limiter la tentation d'indépendance qui s'est, par exemple, manifestée au cours du mandat de M. Sarkozy, lorsque M. Jean-François Copé était président du groupe UMP (majoritaire) et entendait en accroître l'autonomie par rapport à l'exécutif. De même, on peut imaginer que des ministres qui sont en même temps députés seront peu tentés de devenir des « frondeurs », même s'ils pourront mieux comprendre le désarroi de leurs collègues « simple députés » face à l'autoritarisme de l'exécutif et leur faible sympathie pour les procédures de contraintes comme le « 49.3 ». Quoi qu'il en soit, une telle réforme rapprocherait le régime de la Cinquième République d'un régime parlementaire classique en ce qu'il rendrait plus étroite la relation entre députés et ministres. A ce titre, elle me semble en tout état de cause recommandable.

2/ Créer un mécanisme de destitution des députés.

La question était posée dans votre feuille de route. On pourrait à mon sens concevoir une sorte d'équivalent pour les parlementaires de la procédure de destitution prévue par l'article 68 de la Constitution pour le président de la République : en cas de « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec*

l'exercice de son mandat » un député pourrait être destitué. La destitution serait prononcée par chaque chambre (car il semble fort difficile qu'elle soit décidée de l'extérieur) avec des garanties procédurales protégeant les droits de la défense et au terme d'un vote à une majorité qualifiée suffisamment forte (par exemple des 3/5e) pour garantir que la destitution ne soit pas un acte partisan.

On a pu voir dans la période récente, à la suite de faits divers parfois d'une particulière gravité, que la découverte de faits susceptibles de condamnation pénale de la part de parlementaires posait un problème quant à leur maintien dans l'assemblée à laquelle ils appartiennent. Une telle procédure – par nature exceptionnelle – pourrait y remédier.

Mais il est bien clair que ce procédé reviendrait sur la tradition française dans laquelle le ou la député (e) élu(e) ne peut se voir retirer son mandat que par l'électorat lui-même à l'occasion d'une élection politique. Je ne pense pas que ce soit nécessairement un problème. Les mécanismes du type de celui de l'article 68 sont des réponses à la mutation de la moralité politique collective. Nous ne tolérons plus tous les comportements de la part de nos élus : qui une fraude, qui des propos inacceptables, qui des violences graves à la personne, ou encore toute autre action portant une atteinte grave à leur honorabilité

et à celle de leur assemblée. La non-réélection ne les en punit pas réellement, et la réélection éventuelle ne purge pas les méfaits qu'ils ont commis. Au contraire, quand elle se produit, elle accentue l'écart entre la vie politique d'un peuple – qui peut se choisir, comme nous le voyons dans de grands pays proches de nous, des dirigeants amoraux ou immoraux - et sa vie morale profonde, qui subit toujours ces actes comme autant de blessures qu'on lui inflige. La destitution, décidée par une large majorité d'une assemblée serait un acte de censure qui dépasse le fait partisan et le combat politique pour sanctionner de tels actes. Elle peut être plus simplement un moyen de s'appuyer sur la force morale de la règle écrite. Il s'agira de dire : peut-être cette règle ne fera-t-elle jamais d'usage, mais elle existe et exprime, dans toute sa rigueur, l'exigence éthique qui pèse sur l'action politique.

3/ Instaurer un mandat impératif ?

Il en va de même des idées relatives à l'instauration, sous une forme ou sous une autre, d'un mandat impératif, qui ont été remises au goût du jour par des courants politiques dont l'un (« La France Insoumise ») est désormais représenté au sein de votre assemblée et de votre groupe de travail. Rien, naturellement, n'interdit à ceux qui le défendent de le proposer. Cela relève de leur liberté politique la plus stricte. Je dirais même

qu'il est louable pour les partis politiques d'avoir une doctrine constitutionnelle, quel qu'en soit le contenu. En l'espèce, le droit comparé démontre que des procédures de « recall » des parlementaires existent à l'étranger, même si c'est le plus souvent au sein des législatures étatiques des États fédéraux (par exemple aux États-Unis ou, au Canada, en Colombie britannique). L'expérience de ces pays montre par ailleurs que la pratique ne dérive pas : peu de procédure de *recall* parviennent à leur terme et très peu d'élus sont révoqués par cette voie. Mais l'existence de la procédure peut avoir une valeur en soi.

Toutefois il est clair qu'en France, l'article 27 de la Constitution ferait obstacle à de telles procédures et devrait donc, hypothétiquement, être révisé.

II. Immunités : rapprocher le statut des députés du droit commun.

J'en viens brièvement, et ce n'est pas sans lien avec ce qui précède, à mon second point. La feuille de route nous demandait s'il fallait supprimer l'immunité parlementaire¹. Il faut rappeler que, par ce terme, d'immunité, il faut comprendre en réalité deux mécanismes : l'irresponsabilité et l'inviolabilité. L'irresponsabilité « *soustrait les actes qui font partie intégrante de l'exercice des fonctions parlementaires au*

régime normal de la responsabilité ». Elle est prévue par le premier alinéa de l'article 26 de la Constitution. L'inviolabilité « *s'applique en revanche aux actes extérieurs aux fonctions parlementaires* ». Depuis la réforme de 1995, l'article 26, al. 2 se contente désormais, en la matière, « *de soumettre à autorisation du Bureau de l'assemblée concernée, les seules arrestations et mesures privatives de liberté* »².

En ce qui concerne l'irresponsabilité, il faut aller dans le sens du maximum de liberté d'action politique pour les parlementaires. En ce qui concerne l'inviolabilité, il faut à mon sens rapprocher le statut des députés du droit commun. Autrement dit : s'il convient de maintenir l'irresponsabilité, il me semble que l'on pourrait se passer d'inviolabilité.

1) *Il faut maintenir (et même élargir) l'irresponsabilité.*

L'irresponsabilité prévue par l'article 26 de la Constitution est nécessaire à la vie démocratique. Il faut même à mon sens l'étendre et la rapprocher du périmètre couvert par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme. Pour citer la Cour de Strasbourg, le Parlement constitue, « *dans une société démocratique, le lieu essentiel du débat public* »³.

Et je pense même que la protection de la parole des députés, du moment qu'elle porte sur le cadre de leur activité parlementaire et sur des questions de politique nationale ou locale, doit être protégée même en dehors de l'enceinte du parlement. Il faudrait donc étendre l'irresponsabilité à la parole politique légitime – car il n'est pas question de permettre des abus – hors de l'enceinte parlementaire. Ce que dit désormais une députée à la télévision ou un député sur un réseau social peut revêtir la même importance et doit recevoir la même protection qu'entre les « murs du parlement », selon la formule du droit britannique. Conçu au dix-huitième siècle, voire bien plus tôt, le droit parlementaire des immunités doit évoluer au regard de la décentralisation – voire de la « virtualisation » sur internet – de la parole politique des élus. De ce point de vue, l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, s'avère plus protecteur et mieux adapté⁴ : « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leur préoccupations et défend leurs intérêts* »⁵. Dans le même temps, la Convention ne crée évidemment pas une liberté absolue, exempte de toute restriction. Mais la jurisprudence en la matière est régulée par l'idée qu'« *on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses* »⁶.

Il faudrait enfin aborder ici une question qui dépasse les attributions du groupe de travail et le périmètre de la présente note, mais qui est à mon sens d'une particulière importance : celle de notre droit de la diffamation. Je me bornerai à le dire en quelques mots : je le considère comme un obstacle non négligeable à la liberté d'expression et notamment à la liberté d'expression politique. Car il ne suffit pas que la jurisprudence soit rigoureuse, en s'opposant par exemple à l'application des articles 29 et suivants de la loi de 1881 au motif que les imputations diffamatoires se rapportaient à un débat d'intérêt général ou d'intérêt public, ou encore en créant de toutes pièces une excuse tirée de la bonne foi⁷. Encore faut-il dire que la simple menace que constitue l'existence d'une plainte suivie automatiquement en la matière, d'une mise en examen, limite significativement la liberté de parole. Le récent arrêt *Lacroix c. France* – qui concerne d'ailleurs la parole publique d'un élu, même s'il s'agissait en l'occasion d'un élu local – pourrait imposer une simplification d'un droit français devenu trop complexe et, par là, potentiellement liberticide⁸.

2) Il faut supprimer l'inviolabilité.

On peut concevoir que les députés s'inquiètent de la possible vindicte de tel ou tel magistrat judiciaire contre l'un d'entre eux. Mais il ne semble pas que l'inviolabilité ait

pu véritablement servir de protection contre des mesures judiciaires dont les motivations étaient clairement politiques. Il y a certes eu quelques coups d'éclat de la part de magistrats peut-être en mal de reconnaissance mais le problème est resté relativement marginal.

En revanche la doctrine et l'opinion peuvent ne pas bien comprendre des cas de levée de l'inviolabilité qui ne leur ont pas toujours semblé opportuns... ou des cas où un refus de levée d'immunité fut suivi quelques mois plus tard de la décision contraire. Et les décisions du Bureau ne sont ni très amplement motivées, ni très facilement accessibles. Les assemblées parlementaires françaises, de ce point de vue, satisfont-elles à l'exigence de transparence qui pèse sur elles dans un État de droit ?

De plus, dès lors que la levée d'immunité est limitée aux mesures privatives ou restrictives de liberté depuis 1995, les garanties de droit commun paraissent suffisantes.

Le Royaume Uni, les États-Unis et bien d'autres démocraties se passent sans difficulté majeure de ces mécanismes⁹. En définitive, je pense que les assemblées gagneraient à ne pas intervenir de cette manière dans la procédure judiciaire.

¹Ce qui est dit ici, et en particulier la distinction entre le

maintien de l'irresponsabilité et la réforme nécessaire de l'inviolabilité, est inspiré dans une large mesure de l'ouvrage désormais indispensable du professeur C. Guérin-Bargues (*Immunités parlementaires et régime représentatif. L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Etats-Unis, Royaume Uni*, Paris, LGDJ, 2011) et d'échanges informels avec l'auteur, que je remercie ici très vivement.

² C. Guérin-Bargues, *op. cit.*, p. 2.

³ V. par ex. CEDH, 2e sect., 16 sept. 2014, Karácsony et a. c. Hongrie, § 66, req. n° 42461/13. Cf. S. Lavric, Liberté d'expression des parlementaires : double condamnation de la Hongrie, Dalloz Actualité, 30 sept. 2014.

⁴ V. p. ex. l'affaire Belpietro (CEDH, Belpietro c/ Italie, 24 sept. 2013, req. no 43612/10).

⁵ CEDH, Castells c. Espagne, 23 Avril 1992, § 42. Cf F. Sudre et al, *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 6e édition, Paris, PUF, 2003, p. 676.

⁶ CEDH, Brésilier c. France, 11 Avril 2006, § 41. V. Sudre et al, *ibid.*, p. 675.

⁷ P. Conte, *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4 – 2012, p. 68. Accessible en ligne : <http://www.droitphilosophie.com/articles/article/75>

⁸ CEDH 7 sept. 2017, *Lacroix c/ France*, req. n° 41519/12. V. à ce sujet : <http://libertes.blog.lemonde.fr/2017/10/03/lacroix-c-france-la-cour-europeenne-simplifie-le-droit-francais-de-la-diffamation/>

⁹ Cela est très bien démontré par l'exercice comparatif auquel se livre Mme Guérin-Bargues dans son étude.

le 2 novembre 2017

Les carpes du Luxembourg. À propos du Sénat et du Conseil constitutionnel

Thomas Hochmann

**Professeur,
Université de Reims Champagne-Ardenne**



Palais du Luxembourg, Paris

© Dinkum CCo

blog.juspoliticum.com

La récente nomination de Madame Dominique Lottin au Conseil constitutionnel est remarquable pour au moins deux raisons. D'abord, en prenant tout son temps pour remplacer Madame Belloubet, le président du Sénat a violé les textes applicables. Ensuite, pour écarter toute question de fond lors de l'audition de Madame Lottin, le président de la commission des lois a invoqué un texte inapplicable.

Dans le bassin du jardin du Luxembourg nagent de gros poissons qu'on n'aperçoit qu'épisodiquement à travers l'eau trouble. Ce sont sans doute des carpes et elles sont donc muettes. Elles évoquent irrésistiblement le long feuilleton qui vient de s'achever avec la nomination de Madame Dominique Lottin au Conseil constitutionnel. Le comportement du Sénat dans cette affaire se caractérise en effet par son opacité et traduit un certain goût du silence.

I Les longs silences de Gérard Larcher

Après le départ de Nicole Belloubet le 21 juin 2017 pour le ministère de la Justice, le président du Sénat a attendu près d'un mois et demi pour dévoiler son souhait de nommer le sénateur Michel Mercier au Conseil constitutionnel. Ce fut chose faite le 2 août mais, le même jour, le Canard enchaîné le

soupçonnait d'avoir offert un emploi fictif à sa fille au Sénat, et le parquet national financier ouvrait une enquête préliminaire. Monsieur Mercier renonça à siéger le 8, comme le lui permet l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, en vertu duquel « *les titulaires d'un mandat électoral nommés au Conseil constitutionnel sont réputés avoir opté pour ces dernières fonctions s'ils n'ont pas exprimé une volonté contraire dans les huit jours suivant la publication de leur nomination* ».

Suite à cette renonciation, Gérard Larcher laissa cette fois passer deux mois (et sa réélection à la présidence du Sénat) avant de proposer la nomination de Dominique Lottin, qui occupait jusqu'alors les fonctions de premier président de la Cour d'appel de Versailles. Les délais observés par le président du Sénat sont contraires à l'ordonnance de 1958. Nommée au gouvernement, Madame Belloubet fut frappée par l'incompatibilité prévue par l'article 57 de la Constitution et l'article 4 de l'ordonnance. Elle aurait pu démissionner, ce qui aurait impliqué, selon l'article 9 de l'ordonnance, de lui trouver un remplaçant dans un délai d'un mois, et sans doute plus vite dès lors que sa démission n'aurait pris effet qu'à la nomination du successeur. Peut-être le Conseil constitutionnel a-t-il fait usage de l'article

10 de l'ordonnance, pour « *constater [...] la démission d'office* » de Madame Belloubet, dès lors qu'elle avait accepté une fonction incompatible avec sa qualité de membre du Conseil. L'ordonnance est limpide : « *Il est alors pourvu au remplacement dans la huitaine* ». Ce délai a été largement dépassé par le président du Sénat.

Mais il est possible que les choses se soient passées autrement. Aucune information relative à une démission, volontaire ou « d'office », n'a jamais été publiée. En guise de bienvenue à Michel Mercier, le Conseil constitutionnel s'était fendu d'un communiqué par lequel il entendait « rappeler » son pouvoir de constater la démission d'office d'un membre qui aurait manqué à ses obligations. Mais le Conseil aurait-il oublié qu'il lui revenait également d'intervenir à l'égard d'un membre frappé d'une incompatibilité ? Il pourrait en effet sembler que Madame Belloubet a, sans autre formalité, simplement quitté son bureau de la rue de Montpensier pour se rendre place Vendôme. Dans un tel cas, Nicole Belloubet a fait partie du Conseil constitutionnel au moins jusqu'à la nomination de Michel Mercier, en violation de l'incompatibilité posée par la Constitution. Le Conseil, après tout, accepte déjà que les anciens présidents de la République exercent des mandats électoraux tout en restant membres du Conseil, du moment qu'ils n'y siègent pas.

Si les choses se sont passées ainsi, la double appartenance de Madame Belloubet n'est pas la seule irrégularité. Dès lors qu'elle n'avait pas juridiquement cessé d'appartenir au Conseil, la nomination de son remplaçant était évidemment nulle. Cette seconde irrégularité a en quelque sorte remédié à la première : au terme de plusieurs violations des textes applicables, le Conseil a enfin neuf membres nommés qui respectent les incompatibilités.

Quoiqu'il en soit, le Conseil a donc vécu pendant quatre mois avec un membre en moins, qu'il soit simplement absent ou qu'il ait quitté l'institution sans être remplacé. La situation rappelle évidemment les événements de l'année 2016 aux Etats-Unis, qui ont vu les Républicains empêcher Barack Obama de nommer un successeur au juge Scalia. Peut-être que Gérard Larcher, après la nomination avortée de Michel Mercier, a fait sien l'argument du camp républicain et refusé de nommer un membre du Conseil dans les dernières semaines de son mandat de président du Sénat. Les divergences entre les deux situations sont pourtant immenses. D'abord, il s'agissait en France de nommer un membre pour cinq ans, et non à vie. Ensuite, on est frappé par la différence d'intérêt provoqué par cette vacance prolongée. Aux Etats-Unis, de nombreux auteurs se sont interrogés sur les inconvénients ou les vertus d'une Cour suprême composée de

huit membres au lieu de neuf. En France, personne ou presque ne s'en est soucié. Les conséquences sont pourtant beaucoup plus graves en France qu'aux Etats-Unis. Lorsque les voix sont partagées, la Cour suprême se contente de confirmer la décision attaquée (*affirmed by an equally divided court*). La voix prépondérante du président et l'existence des membres de droit changent foncièrement la donne au Conseil constitutionnel. Lorsque les membres nommés étaient tous présents et que leurs voix s'opposaient en nombre égal, c'était Valéry Giscard d'Estaing qui décidait seul en France de la conformité des lois à la Constitution. Lorsque l'ancien président ne siégeait pas, notamment en matière de QPC mais aussi dans le cadre de l'important contentieux électoral de la période, Laurent Fabius était seul maître en cas de partage. On aimerait connaître les raisons qui ont poussé Gérard Larcher à laisser perdurer une telle situation pendant quatre mois.

II Un problème d'audition au Sénat

Pour pouvoir nommer Madame Lottin au Conseil constitutionnel, Gérard Larcher avait besoin, en vertu des articles 56 et 13 de la Constitution, de l'accord de ce qu'il est permis d'appeler une « majorité disqualifiée » de la commission des lois du Sénat : il lui fallait obtenir deux cinquièmes de votes positifs. De la sorte, expliquait Guy Carcassonne, il n'est

plus possible à l'autorité de nomination, sauf à se ridiculiser, « *d'utiliser son pouvoir pour gratifier un collaborateur plus connu pour sa fidélité ou ses attachements partisans que pour ses qualités professionnelles et morales* »¹.

Pour renforcer, peut-être, cet « *effet dissuasif* »², le législateur a en outre exigé que l'avis de la commission soit précédé d'une audition de la personne dont la nomination est envisagée³. Cette formalité supplémentaire et la manière dont elle est exécutée donnent à la France une place intermédiaire, entre les deux modèles opposés que l'on peut identifier à l'étranger à propos de l'intervention du parlement dans la nomination des juges constitutionnels. En Allemagne, les juges sont élus par le parlement sans la moindre discussion publique : le débat est exclu au Bundestag (article 6 alinéa 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale) et n'a jamais lieu en pratique au Bundesrat. Aux Etats-Unis, la nomination d'un juge à la Cour suprême s'accompagne d'une intense discussion devant la commission judiciaire du Sénat. Le candidat est assailli de questions, ses moindres écrits sont épluchés et même sa vie privée est parfois mise en cause.

Les auditions devant les commissions parlementaires françaises sont, quant à elles, d'une exquise douceur. Au cœur du petit

scandale fortement médiatisé qui devait finalement le pousser à renoncer au Conseil constitutionnel, Michel Mercier avait pu sortir sans le moindre encombre de son audition par ses anciens collègues de la commission des lois. Il s'agit, le plus souvent, d'insister sur les grandes qualités de la personne entendue. On se souvient peut-être des propos du député Roger-Gérard Schwartzberg, lors de l'audition qui permit à Laurent Fabius de quitter le ministère des affaires étrangères pour le Conseil constitutionnel : *« en ce qui vous concerne, il me semble qu'il s'agit du meilleur choix et nous nous en réjouissons sincèrement, étant donné votre compétence et votre expérience. [...] Je conclurai en vous faisant part de notre vive satisfaction que vous soyez non seulement pressenti, mais certainement désigné à la présidence du Conseil constitutionnel. Mon seul souci est le suivant : le nombre de membres brillants et compétents du Gouvernement, déjà restreint, diminuera encore »*.

Ce type de déclaration ne fut pas absent de l'audition de Madame Lottin par la commission des lois du Sénat. Elle fut également confrontée à des questions ouvertes l'interrogeant sur sa *« vision de l'articulation institutionnelle entre le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel »* ou sur le besoin, selon elle, de faire *« évoluer »* la QPC. En ouvrant l'audition, Philippe Bas, le président de la commission des lois, avait

pourtant expliqué qu'il s'agissait de s'*« assurer que les personnalités pressenties pour siéger au Conseil constitutionnel présentent des garanties d'indépendance propres à leur futures fonctions, mais aussi d'autorité et de compétence nécessaires pour accomplir cette mission »*. La plupart des questions posées à Madame Lottin, cependant, ne lui permirent pas de faire montre de sa compétence en droit constitutionnel.

Et lorsqu'un sénateur lui en donna l'occasion, elle se déroba. C'est Jean-Yves Leconte qui posa la question : quel devrait être le rôle du Conseil constitutionnel si le président de la République décidait de réviser la Constitution en utilisant l'article 11, et non l'article 89 ? La réponse de Madame Lottin mérite d'être citée in extenso :

« Il m'est difficile de vous donner mon point de vue : si par hasard vous confirmiez ma proposition de nomination au Conseil, le Conseil pourrait être amené à examiner les textes qui pourraient être ceux d'une révision constitutionnelle. Et donc je ne voudrais pas m'aventurer sur des points qui pourraient être soumis au Conseil. Mais là encore je dirais simplement que les principes, les fondements doivent être préservés. J'en resterai là ».

Madame Lottin fait donc sienne la technique développée pour affronter le feu des questions posées par les sénateurs américains.

Cette stratégie, dont l'invention est habituellement attribuée à la juge Ginsburg, consiste à refuser de se prononcer sur une question au motif qu'elle pourrait se poser devant la Cour. Ce silence est officiellement conservé afin de garantir l'apparence d'impartialité du futur juge. En réalité, il s'agit sans doute d'éviter de s'aliéner les votes de ceux auxquels la réponse pourrait déplaire. L'impartialité d'un juge n'est pas menacée par la démonstration de sa compétence, par la preuve qu'il a déjà réfléchi à la teneur des exigences dont il est censé contrôler le respect. L'article 18 alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle allemande en témoigne, qui précise que le fait qu'il ait exprimé une opinion scientifique sur une question juridique pertinente n'implique pas d'exclure un juge de la formation de jugement.

Loin de regretter le silence de Madame Lottin, le président de la commission des lois lui apporta tout son soutien :

« Votre réponse sur ce point nous apporte une information précieuse sur la manière dont vous concevez les obligations d'un membre du Conseil constitutionnel sur les affaires dont il pourrait avoir à connaître et effectivement [s'adressant aux membres de la commission] nous ne pouvons exiger d'une personnalité pressentie pour siéger au Conseil constitutionnel qu'elle nous dise déjà

et par avance la position qu'elle prendrait sur un problème constitutionnel qui serait soulevé devant cette juridiction ».

Cette remarque ne manque pas d'étonner. Si l'on peut comprendre, même pour la regretter, la ficelle utilisée par les juges Lottin ou Ginsburg, il est beaucoup plus embêtant que le président de la commission des lois présente cette stratégie comme une obligation juridique. L'ordonnance de 1958 ainsi qu'un décret de 1959 interdisent certes aux membres du Conseil constitutionnel *« de prendre aucune position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil »*. Mais chacun s'accordera sans doute à constater que la personne auditionnée par la commission des lois n'est pas encore membre du Conseil, et n'est donc pas soumise aux obligations qui s'attachent à ce statut.

Philippe Bas assurait au début de l'audition que l'attention des sénateurs porterait sur *« les convictions personnelles exprimées et sur les garanties présentées par les futurs membres du Conseil constitutionnel en ce qui concerne le bicamérisme et la place du Sénat au parlement français, la représentation des territoires [...], mais aussi les libertés fondamentales, que le Sénat a vocation à défendre particulièrement »*. Mais

comment se faire une opinion à cet égard sans que la personne auditionnée s'exprime sur des questions « *susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil* » ?

La nomination retardée de longues semaines pour des raisons mystérieuses par le président du Sénat est donc suivie d'une audition de pure courtoisie dont l'absence de contenu est encouragée par le président de la commission des lois. Les sénateurs devraient se méfier : lors de la famine de 1870, les parisiens mangèrent les poissons du bassin du Luxembourg. Or, par les temps qui courent, le peuple a faim de transparence...

¹ Guy Carcassonne, *La Constitution*, 9^{ème} éd., Paris, Seuil, 2009, p. 110.

² Julie Benetti et Olivier Duhamel, *La Constitution et ses grands articles commentés*, Paris, Dalloz, 2017, p. 45.

³ Article 2 de la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

Le Conseil Constitutionnel

le 3 janvier 2017

Le Conseil constitutionnel contre la transparence fiscale

Thomas Perroud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Conseil constitutionnel, Paris

© Mbzt GFDL or CC BY 3.0

blog.juspoliticum.com

Dans un précédent billet, nous avons commenté seulement un aspect de la très riche décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2016, relatif à la transparence administrative. Cette même décision contient aussi un élément intéressant concernant cette fois non plus la transparence publique, mais la transparence privée, en l'occurrence la lutte contre l'évasion fiscale. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel s'est opposé à ces évolutions. Nous voudrions montrer ici que la solution adoptée par le Conseil s'inscrit dans une politique globale visant à favoriser la concentration du pouvoir économique et les intérêts les plus forts. Son effet, loin d'être seulement induit, est d'affaiblir les contre-pouvoirs que la société civile tente de construire face aux multinationales. Manifestement, comme dans d'autres décisions où il se montre particulièrement sourd aux problèmes sociaux — au moment où les inégalités augmentent, il constitutionnalise, par exemple, l'idée d'un bouclier fiscal —, le Conseil fait comme s'il n'avait jamais entendu parler de Luxleaks, des Panama Papers ou encore des Football Leaks. Il se sert d'ailleurs d'un argument qui masque mal sa volonté de protéger les stratégies d'optimisation fiscale des multinationales.

De quoi s'agit-il ? Pour comprendre la portée et les dangers de cette décision, il est en effet nécessaire de la remettre dans son

contexte. Pour rendre les multinationales comptables de leur action, les ONG ont privilégié depuis des années un outil que l'on appelle la responsabilité sociale des entreprises. C'est un outil que d'aucuns jugeront bien faible pour s'assurer que les entreprises respectent les droits humains, la transparence, l'environnement, les moyens juridiques utilisés relevant essentiellement de la *soft law*. L'idée qui y préside est que, par l'information, les consommateurs pourront opérer des choix responsables. C'est le mécanisme que l'on a trouvé pour contraindre des entreprises, profitant de leurs multiples implantations pour échapper à leurs obligations juridiques et fiscales, à un minimum de responsabilité devant la collectivité.

Ce mouvement de responsabilité sociale comprend un volet fiscal important, puisqu'il s'agit de lutter contre l'érosion de la base fiscale des États et le transfert de bénéfices. C'est cette politique que le Conseil invalide ici. Il s'agit d'une politique élaborée par l'OCDE dans le cadre du projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) et soutenue par le G20. Le but principal du projet BEPS est ainsi « de faire en sorte que les entreprises payent les impôts là où elles ont des activités. », explique Pascal Saint-Amans, directeur du Centre de politique et d'administrations fiscales de l'OCDE. Cette politique comprend deux volets : « Le premier

est l'échange de renseignements bancaires pour mettre fin au secret bancaire. Le second volet est la mise en place d'un reporting pays par pays. Il faut obliger les entreprises multinationales à dire combien de chiffre d'affaires est réalisé, combien d'impôt est payé dans chacun de ces pays. Et comme cela, des pays pourront voir, en s'échangeant ces renseignements, si la planification fiscale de l'entreprise est agressive, acceptable ou pas », estime le même spécialiste. C'est donc bien de cela qu'il s'agit. Il faut cependant préciser que le dispositif adopté par le législateur a choisi un degré élevé de transparence en imposant la publication de ces données au public et non pas leur simple communication à l'administration fiscale. La décision du Conseil ne remet d'ailleurs pas en cause la transmission de ces informations à l'administration. Elle empêche cependant que l'opinion publique se saisisse de cette question. Le débat se situe ici.

Quel est l'argument constitutionnel utilisé pour faire échec à cette politique ? Pour le Conseil constitutionnel, « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et

commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. »

Cette décision énonce donc que la liberté d'entreprendre peut être utilisée contre toute mesure compromettant la stratégie industrielle et commerciale d'une entreprise. Que penser d'une telle affirmation et quelle en est la portée et, surtout, ne comporte-t-elle pas des dangers ?

D'abord, si toutes les entreprises sont soumises à la même obligation, on voit mal en quoi cela pourrait leur nuire en termes de concurrence. Certes, le Conseil pourrait craindre une concurrence des entreprises qui ne sont pas des multinationales et sont donc exclues de ce périmètre. Mais alors la réponse est simple : étant donné qu'elles paient, elles, des impôts, cet avantage est largement compensé. On rappellera au Conseil que le premier effet de l'évasion fiscale est de nuire grandement à la concurrence, puisque ces entreprises échappent à tout impôt.

Ensuite, le risque évoqué par le Conseil est-il bien réel ? Une entreprise souhaitant faire concurrence à une multinationale ne dispose-t-elle pas déjà de ces informations ? Les données à publier étaient des données très basiques : le nombre de salariés, le

montrant du chiffre d'affaires, le montant des impôts payés... En outre, ces données étaient agrégées au niveau d'un pays et non pas par filiale ou par type d'activité¹. Nous montrerons plus bas à quel point la décision du Conseil ignore complètement la portée des obligations de transparence des multinationales en droit des marchés financiers. Le droit des marchés financiers permet déjà de connaître de nombreux éléments de la stratégie commerciale et industrielle des multinationales, puisque l'essence de ce droit est de rendre cette stratégie transparente pour le marché.

Enfin, l'argument du Conseil tient d'autant moins que cette obligation existe déjà pour les banques, comme le rappelle [Eva Joly](#). D'ailleurs, la décision du Conseil a fait craindre une censure du dispositif pour les banques, comme le raconte [Raphaël Legendre](#). Mais, [Michel Sapin](#) aurait tranché ce débat en affirmant que « la censure ne porte pas sur le reporting bancaire dès lors qu'une directive européenne a été adoptée. » On se trouve donc dans la situation assez rare où une disposition jugée expressément non conforme à la Constitution resterait valide car elle procède du droit de l'Union européenne. Le Conseil a en effet aménagé la hiérarchie des normes concernant le contrôle de constitutionnalité des directives qui ne seront déclarées contraires à la Constitution que si elles portent

atteinte à « l'identité constitutionnelle » de la France (2004-496 DC).

Mais là où les opposants à cette mesure et à la responsabilité fiscale des entreprises ont certainement joué finement, c'est qu'en ayant réussi à obtenir une censure en France, ils peuvent maintenant tirer argument à Bruxelles de cette inconstitutionnalité, puisque cette même mesure est en discussion aujourd'hui au niveau de l'Europe. Et Bruxelles pourrait rechigner à mettre en discussion une mesure qu'une cour constitutionnelle a invalidée.

Quelle est la portée de cette décision? Le législateur a déjà imposé de très nombreuses obligations de publicité aux sociétés, particulièrement aux sociétés cotées. Cette protection constitutionnelle accordée à la stratégie industrielle et commerciale des entreprises ne risque-t-elle pas de compromettre, à l'avenir, cette réglementation ?

La portée future et le danger de cette décision tiennent en effet à cette notion de stratégie industrielle et commerciale. En droit des marchés financiers, les entreprises doivent déjà livrer à tout le marché une information périodique. De surcroît, une société cotée, dès qu'elle a une information privilégiée, c'est-à-dire une information qui peut avoir une influence sur le cours de Bourse, doit en

faire état à tout le marché. Une information privilégiée est nécessairement relative à la stratégie commerciale et industrielle de l'entreprise. En général, la stratégie commerciale et industrielle des sociétés cotées est publique puisqu'elle est susceptible d'influencer le cours de la Bourse et permet à ces sociétés d'attirer les investisseurs, qui feront leurs arbitrages en fonction de ces informations. Les marchés financiers ne fonctionnent que sur l'information ; sans information, il n'y a pas de marché. Faut-il aussi faire tomber le droit bancaire et financier au nom de la liberté d'entreprendre ?

Que révèle alors cette décision ? Cette décision révèle, à mon sens, que la liberté d'entreprendre est utilisée désormais comme un moyen pour protéger certains intérêts économiques puissants, quitte à dévaluer des objectifs de toute première importance comme la lutte contre la fraude fiscale ou l'égalité devant les charges publiques. La jurisprudence du Conseil traduit cette tendance à un amenuisement de la protection des plus faibles, d'une protection accrue des plus forts lorsque le législateur tente de mettre en place des contre-pouvoirs. On en voit de multiples autres exemples, comme la censure du dispositif d'injonction structurelle contenu dans la [loi Macron](#), qui laissera les consommateurs prisonniers des stratégies commerciales des grandes surfaces, ou [celle](#)

du mécanisme de clause de désignation qui permettait d'attribuer à un assureur unique la protection sociale complémentaire des salariés. Dans la décision Sapin II, comme dans ces deux précédentes décisions, la liberté d'entreprendre sert un projet de société dans lequel les citoyens sont sans recours face au pouvoir économique des grandes entreprises.

¹ Pour l'étude complète de ces arguments, nous renvoyons à l'étude de [Transparency International](#) sur ce sujet, ou de [Nicolas Cuzacq](#) sur le site de [Le Monde](#), ou de [Xavier Berne](#).

le 16 février 2017

Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence

Denis Baranger

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Assemblée nationale, Paris

© Christophe Eyquem CC BY 3.0

blog.juspoliticum.com

La décision prise en Commission Mixte Paritaire lundi 13 février dernier de rétablir le « délit de consultation habituelle des sites incitant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » a suscité immédiatement une vive émotion. Un éditorial du *Monde* a condamné sans beaucoup de nuances la « désinvolture » du Parlement. Les parlementaires auraient affiché « leur mépris » envers le Conseil constitutionnel, qui venait de censurer une disposition créant cette infraction dans une décision du 10 février (n° 2016-611 QPC). Pis encore, les élus de la Nation auraient donné la « fâcheuse impression que la Constitution, au lieu de protéger nos libertés et de garantir nos droits, serait une entrave (sic). Alimenter ce climat en surfant sur les peurs des électeurs est dangereux, voire irresponsable, dans une période où l'Etat de droit doit être, au contraire, protégé et renforcé » (Le Monde du 15 février).

Les parlementaires concernés, dont un ancien conseiller d'Etat, ont-ils effectivement exprimé un quelconque « mépris » envers le Conseil constitutionnel ? La lecture des débats en CMP ne donne pas cette impression. Le délit de « consultation habituelle de sites internet terroristes » est l'objet d'une réécriture visant à prendre en compte la décision du Conseil constitutionnel. Les parlementaires, de leur propre aveu, ont recherché une voie étroite

entre le respect de la chose jugée et le souci d'améliorer le dispositif pénal de lutte contre le terrorisme. Faut-il y voir pour autant une atteinte à « la constitution », à « l'Etat de droit », aux libertés ? L'accumulation de toutes ces accusations donne un peu le tournis.

Il faut certes reconnaître que ce n'est pas la meilleure occasion qui aura été choisie pour contourner avec autant de célérité une déclaration d'inconstitutionnalité par notre juge constitutionnel. La décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 n'est pas, et de loin la plus faiblement motivée de l'histoire de notre justice constitutionnelle. Elle peut s'appuyer, au moins, sur un motif assez persuasif : en excluant du périmètre de l'infraction les consultations des sites djihadistes effectuées « de bonne foi », le législateur a péché par imprécision, et ce flou ne peut être rattrapé par la consultation des travaux préparatoires, qui ne permettent pas de « déterminer le périmètre de cette exemption ». Le Conseil constitutionnel pouvait donc de manière convaincante censurer des dispositions qui « font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations ». Il s'agit là d'une application élémentaire du principe de légalité des incriminations pénales. Force est également de dire que le moment choisi pour

rétablir l'infraction en question (l'examen en CMP) ne semble pas le plus adapté.

Mais tout cela étant concédé, il est permis de se demander si le Parlement a vraiment agi avec « désinvolture » et au péril de l'Etat de droit. Ce qui est gênant ici, c'est le procédé consistant à faire comme si le juge constitutionnel, lorsqu'il censure une loi, prononce des vérités constitutionnelles indiscutables moralement et exemptes de toute considération (bassement) politique, et comme s'il agissait toujours dans le sens de la protection la plus satisfaisante de nos libertés. Il ne resterait aux parlementaires qu'à s'incliner, et à la « loi, expression de la volonté générale » de ne plus rien exprimer du tout. Le cœur du raisonnement consiste en réalité à amalgamer ce que le juge dit au sujet de la constitution et la constitution elle-même ; et, par un autre raccourci de pensée, à donner à penser que ce que dit notre juge constitutionnel est par lui-même l'expression pure et parfaite du « droit », exempte par là de toutes les sournoises préoccupations politiques qu'on ne manque pas d'imputer aux parlementaires. Ne se voient-ils pas reprocher (dans le même éditorial) d'avoir eu pour seul mobile une « bravade antiterroriste », car bien sûr, on ne saurait imaginer qu'ils aient été sincèrement mus par le bien public et le souci de perfectionner le droit pénal ?

Cette façon de raisonner est classique depuis maintenant plusieurs dizaines d'années en France. Elle oppose frontalement « le droit » et « la politique » dans une confrontation digne du manichéisme de l'Antiquité tardive. Le premier (le droit) incarnerait le bien moral suprême tandis que la seconde (la politique) serait nécessairement soupçonnée d'intentions sombres qu'il s'agit de discerner et de censurer.

Pourtant, il serait souhaitable de ne pas s'enfermer dans ces réflexes de pensée. Il est pleinement légitime pour la représentation nationale de délibérer sur les questions politiques touchant au gouvernement de la France. Derrière l'accusation de « désinvolture » à l'encontre du Parlement, se trouve une constante dévalorisation du rôle politique des assemblées dans notre régime au bénéfice (hypothétique) du « droit », de « la constitution », et des « libertés ». Cette manière de voir les choses réduit indûment le périmètre de la décision parlementaire.

La décision QPC du 10 février 2017 est l'illustration de cette tendance. Par de longs considérants recensant le (vaste) arsenal en matière de législation anti-terroriste, le Conseil constitutionnel adresse aux parlementaires un message sur l'inutilité de leur travail : à quoi bon adopter une mesure nouvelle, là où

d'autres, seules ou en combinaison, suffiraient à la tâche ? Si ce raisonnement est intégré ici dans un contrôle de proportionnalité, il vaut aussi par lui-même : le Parlement est invité à ne pas abuser de la législation, car il va également de soi (dans la série des lieux communs de notre époque), que la législation est frappée « d'inflation » pour ne pas dire « d'obésité ». Lorsque le juge constitutionnel raisonne de cette manière, que fait-il, sinon rouvrir un débat qui a déjà eu lieu devant le Parlement, voire, en amont, dans l'opinion et au sein du pouvoir exécutif ? Est-il correctement armé pour le faire ? La délibération qui s'y tient (et qui reste secrète) est-elle aussi bien informée que celle des élus siégeant au Parlement ? Quels conseils le juge reçoit-il avant de se prononcer ? On a pu, récemment, faire apparaître que les lobbies et les groupes d'intérêt n'étaient pas désarmés pour tenter, à nouveau, de « refaire le match » rue de Montpensier au moyen de « portes étroites », ces consultations soumises au juge constitutionnel et qu'il se refuse, pour le moment, à rendre publiques.

On se mentirait donc en pensant que le Conseil constitutionnel ne fait pas de politique et que ses décisions sont toujours l'expression de « la politique saisie par le droit ». Il tend à devenir une troisième chambre, devant laquelle il est possible de revenir sur des arbitrages politiques effectués par le Parlement. Et cela

vaut autant de décisions politiques venues de la gauche que de la droite. Les exemples abondent. On pense par exemple à la décision de 2012 par laquelle le Conseil constitutionnel avait censuré la disposition imposant à 75% de la tranche de revenus supérieurs à un million d'euros. Des frondeurs du Parti socialiste s'en étaient à l'époque émus. Ils avaient déploré la manière quelque peu « lapidaire » dont le juge constitutionnel avait tranché une question, qui, selon les signataires, relevait de la décision politique, non de l'autorité d'une juridiction, aussi légitime soit-elle (Le Monde, 15 août 2014).

Des exemples plus récents pourraient être trouvés. On pourrait citer la récente censure du « reporting par pays », [analysée dans nos pages par Thomas Perroud](#). Elle se justifiait peut-être, mais surtout sur la base d'arguments d'opportunité économique et de bonne politique fiscale... L'argumentation constitutionnelle, au contraire, était plus incertaine. Elle faisait appel à la liberté d'entreprendre en vue de faire échec à l'accroissement des obligations de publication de données comptables pesant sur les entreprises. Cela se peut bien. Mais d'autres raisonnements paraissent tout aussi viables, par exemple celui, aux conséquences inverses, qui aurait reposé sur la lutte contre la fraude fiscale ou les exigences de l'égalité devant les charges publiques. Il se peut bien que la

disposition censurée ait été mauvaise pour l'économie du pays. Mais un Parlement démocratiquement élu avait décidé de faire entrer cette mesure dans le droit positif, et la question de l'opportunité politique était donc tranchée. Le reste appartient à la très grande marge d'appréciation du juge constitutionnel sur ce qui est (ou non) « manifestement proportionné » à l'objectif poursuivi par le législateur. Autrement dit, dans bien des cas, le droit qui « se saisit de la politique » est un droit particulièrement indéterminé, un droit « vague ». De manière systématique, la jurisprudence du Conseil constitutionnel enserme le travail parlementaire dans un réseau de contraintes qui finissent par être d'autant plus insurmontables qu'elles sont souvent difficiles à anticiper, comme a pu le constater le Président de la Commission des Lois du Sénat lors de la CMP du 13 février dernier.

Le résultat de toutes ces évolutions consiste dans une sous-estimation systématique, dans la France de 2017, de l'importance du principe de la Loi, expression de la Volonté Générale. Si le Parlement veut rétablir une infraction qu'il juge utile, pourquoi ne le ferait-il pas, du moment qu'il a pris en compte (comme l'a fait ici la CMP) les problèmes d'inconstitutionnalité liés à une première rédaction ? Si le Parlement entend, comme en 2012, créer une nouvelle tranche

d'imposition, même inopportunément (qui en sera juge ?), pourquoi ne le pourrait-il pas ? Si le Parlement souhaite voter des soi-disant « neutrons législatifs » (qui peuvent en réalité exprimer une intention politique significative), s'il souhaite reconnaître un fait historique donné, s'il souhaite orienter comme il l'entend telle ou telle politique publique, ... est-il sain de l'en empêcher, sous couvert de la contrainte de constitutionnalité ? Il y a un danger réel à toujours sortir de notre besace le noble argument de l'Etat de droit et de la majesté de la Constitution. Ce danger consiste dans le rétrécissement du périmètre de la discussion politique légitime, et de la décision politique légitime.

Des événements récents, à l'étranger, pourraient pourtant nous faire comprendre que ni « la constitution », ni « le juge constitutionnel » ne sont des divinités toutes puissantes capables de faire obstacle à de vrais périls politiques et à des mesures extrémistes. A force de délégitimer le débat politique et le travail législatif du Parlement, on ne sert pas la cause du constitutionnalisme : au contraire, on le fragilise. Si ce ne sont plus des parlementaires élus qui prennent les décisions politiques, si l'activité politique des Assemblées est systématiquement entravée, la contestation politique sortira de l'espace des institutions et cette vague d'anti-institutionnalisme aura pour premières

victimes... nos juges constitutionnels et notre « Etat de droit ». Il suffit de regarder autour de nous pour voir ce triste scénario commencer à se réaliser.

le 20 février 2017

Un choix de société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité

Thomas Perroud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Conseil constitutionnel, Paris

© Jebulon CC BY 0.0

blog.juspoliticum.com

Il est frappant de constater, avec un siècle d'écart, le retour dans notre pays du problème de la liberté contractuelle. Cependant, aujourd'hui, les voix sont rares, en doctrine, pour défendre le social, l'organisation commune de la solidarité, contre l'individualisme promu par le juge. Dans une décision du 13 juin 2013 en effet, le Conseil constitutionnel a choisi à la place du législateur que la concurrence valait mieux que le monopole dans le secteur de la protection sociale complémentaire des salariés. Il établit donc la liberté contractuelle comme mode de régulation de ce secteur avec la conséquence que ce choix emporte : l'impossibilité de toute organisation collective de la solidarité.

Or, le 22 décembre dernier justement, le Conseil constitutionnel a de nouveau été saisi de cette question. Le juge fut amené à contrôler la constitutionnalité de la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017. La décision contient une censure intéressante, apparemment anodine comme toutes les censures de cavalier législatif. Il est d'ailleurs piquant de constater que ce type de principe managérial, la censure du cavalier législatif, apparu dans les années 80, est mieux défendu dans notre ordre juridique que la liberté d'expression puisque le Conseil ne met même pas en balance l'intérêt général poursuivi, avec la violation de l'intégrité de la loi, pour sauver les cavaliers qui présenteraient un véritable

intérêt. De quoi était-il donc question ? Il s'agissait encore des clauses de désignation pour la couverture complémentaire des salariés, clause qui avait été invalidée par le Conseil constitutionnel dans cette décision du 13 juin 2013. Elle met donc en lumière un problème créé par cette précédente censure (Loi sécurisation de l'emploi, n° 2013-672 DC). En tout, c'est la troisième fois que le législateur revient à la charge sur cette question depuis la décision du 13 juin 2013. Il faut donc croire que le problème est important. Il l'est en effet mais il n'a été relevé que dans le milieu des spécialistes de l'action sociale. Or, cette question technique met particulièrement bien en évidence le problème de la liberté contractuelle et le rôle politique du Conseil constitutionnel.

Avec la décision « Loi pour la sécurisation de l'emploi », c'est la première fois que le Conseil constitutionnel utilise la liberté contractuelle pour remettre en cause une politique sociale. Elle permet donc de revenir sur la redécouverte dans le droit français de la liberté contractuelle comme principe d'organisation des relations sociales et sur les conséquences désastreuses de la décision du Conseil pour la couverture maladie complémentaire des salariés.

Le retour de la liberté contractuelle, ce lazare juridique, dans le droit constitutionnel

français contemporain est assez saisissante. Cette liberté est en effet emblématique de notre histoire, de l'histoire de l'État social français – mais aussi américain – puisque c'est contre elle que la solidarité a pu s'instaurer. La chronique de l'essor et du reflux de la liberté contractuelle a été magnifiquement écrite en *common law* par Patrick S. Atiyah (*The rise and fall of the freedom of contract*, OUP, 1985). En droit constitutionnel américain, sa reconnaissance est liée à la grande décision *Lochner* de 1905, par laquelle la Cour suprême des États-Unis invalide une loi de l'État de New York encadrant les horaires de travail des boulangers (à 10 heures par jour et 60 heures par semaine). Cette décision symbolise d'ailleurs « L'ère *Lochner* » de la Cour suprême qui a vu cette juridiction s'opposer systématiquement aux politiques sociales des États américains. Toutes proportions gardées, la décision « Loi pour la sécurisation de l'emploi » est le *Lochner* français. Au nom de la liberté contractuelle, le Conseil contrecarre une politique sociale majeure : assurer la mutualisation des risques pour la couverture maladie complémentaire des salariés. Le nœud du problème est bien exprimé par un avocat, expert du droit de la protection sociale : « Les clauses de désignation cristallisent les débats, partisans et opposants défendant au fond deux conceptions de la société "l'une égalitaire, prônant une organisation de la protection sociale sur une base la plus large possible,

estimant que l'organisation de la mutualisation des risques au niveau professionnel est plus juste et socialement performante ; l'autre libérale, défendant la liberté contractuelle, condition de la concurrence entre les différents organismes assureurs, gage de l'efficacité économique et donc à terme, socialement plus performante" » (G. Briens, *Semaine sociale Lamy*, 23 mars 2015 n°1669, cité dans le *Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective*, La documentation française, dirigé par Dominique Libault, 2015, p. 4).

Le Conseil a fait un choix de société car, une fois qu'il a consacré la liberté contractuelle dans un secteur, la marge de manœuvre du législateur pour « faire du social » est limitée. Il n'y a plus de politique sociale possible en réalité. La position du Conseil constitue un véritable retour en arrière. Songeons à la manière dont les juristes ont bataillé pour introduire du social dans le contrat et la propriété à la fin du XIX^e siècle, pour « inventer du social » selon le mot de Jacques Donzelot. Cette bataille a vu Durkheim, Duguit, Saleilles, Demogue, Gounot, et d'autres se servir du solidarisme pour faire prévaloir dans le contrat le collectif sur l'individuel.

La liberté contractuelle fait donc un retour en France, en droit constitutionnel. Après avoir répété à de multiples reprises que

la liberté contractuelle n'avait pas de valeur constitutionnelle (94-348 DC; 97-388 DC), le Conseil change progressivement de position, d'abord pour protéger la sécurité juridique, c'est-à-dire l'intervention du législateur dans les conventions en cours. Puis il lui confère une pleine valeur constitutionnelle dans une décision du 19 décembre 2000 (n° 437 DC), et la censure pour la première fois dans une décision du 30 novembre 2012 (n° 2012-285 QPC) avant la décision du 13 juin 2013 « Loi relative à la sécurisation de l'emploi » (n° 2013-672 DC). C'est la première censure d'une telle ampleur dans un secteur aussi crucial, dont l'effet est une déréglementation complète du système de protection sociale complémentaire des salariés. Et, contrairement à ce que pensent Dominique Rousseau et David Rigaud (*Droit social* 2013, p. 680), la censure n'était pas « logique » au vu de la QPC n° 2012-285 étant donné, cette fois, l'intérêt général en cause. On ne peut, en effet, pas comparer l'obligation d'affiliation d'un artisan à une corporation applicable dans trois départements et le système de protection santé et prévoyance des salariés !

Pour comprendre l'importance de cette décision et la façon dont elle a déstabilisé la politique en question, il est utile de se reporter au rapport public de Dominique Libault dont l'objet est de sortir de l'impasse créée par ce juge (Rapport Libault, préc.).

Il faut préciser d'abord qu'il s'agissait pour le législateur d'encadrer le secteur de la protection sociale complémentaire, et non de la sécurité sociale, qui apporte, dans son volet santé, un complément de remboursement pour les soins en cas de maladie, et qui, pour la partie prévoyance, assure aux salariés un niveau de salaire le plus élevé possible en cas « d'arrêt de travail ou d'invalidité, à prévoir un complément financier en cas de dépendance et à garantir un capital et des rentes aux ayants droit de l'assuré en cas de décès de ce dernier » (Rapport Libault, préc., p. 6-7).

Jusqu'à la décision du Conseil, l'organisation de secteur était ainsi définie : « en matière de protection sociale complémentaire collective, la solidarité et l'effectivité des droits reposaient principalement sur la possibilité, pour les branches professionnelles de définir des garanties, dont la gestion (...) était ensuite confiée à un assureur unique, avec pour objectif "d'une part, d'assurer une meilleure péréquation des risques au niveau de l'ensemble de la branche professionnelle ; d'autre part de garantir l'accès à l'assurance à tous les salariés entrant dans le champ d'application de la convention collective, sans prendre en compte leur état de santé et leurs caractéristiques actuarielles" (Gilles Briens, *Semaine sociale Lamy*, 23 mars 2015 n°1669). Autrement dit, la désignation [cette procédure contraire à la liberté contractuelle

pour le Conseil], permet, ou du moins facilite, la constitution d'un "pot commun" permettant de gérer les prestations non contributives et ainsi de garantir le niveau de solidarité défini par la branche » (Rapport Libault, p. 5). Contre l'idée de pot commun et donc de solidarité dans chaque branche professionnelle, le Conseil a privilégié la liberté contractuelle, un mode de régulation radicalement anti-assurantiel puisqu'il empêche d'élargir la base d'assurés à même d'équilibrer les risques, de mutualiser ces risques sur une base (la branche) suffisamment large pour couvrir la variété des risques de chacun. Pour prendre la mesure de la décision du Conseil, il est utile d'avoir en tête ces chiffres : « A ce jour, 250 branches ont mis en place une clause de désignation sur le risque prévoyance, couvrant plus de 10 millions de salariés et 60 branches ont mis en place une clause de désignation pour la complémentaire santé, couvrant près de 4 millions de salariés ».

Derrière cette affaire, il faut lire la guerre que se jouent les sociétés d'assurance et les institutions de prévoyance, ces dernières ont un avantage important, historique, dans la gestion des contrats collectifs. C'est l'intérêt des sociétés d'assurance que le Conseil a favorisé dans cette affaire.

Il est rare que le Conseil façonne à ce point la régulation d'un secteur aussi important. Sa décision empêche à l'avenir

toute structuration de ce secteur sur la base d'un principe de solidarité à l'intérieur d'une même branche professionnelle. Il fait le choix d'un mode de régulation fondé sur la concurrence – le plus coûteux pour la collectivité, car l'argent dépensé en marketing ne sert pas à rembourser les frais de santé. On retrouve le même problème en ce qui concerne la concurrence des médicaments. Jedidah Purdy dans un article sur le constitutionnalisme néolibéral, établit que les dépenses en marketing des sociétés pharmaceutiques aux Etats-Unis sont supérieures au budget qu'elles consacrent à la recherche (J. Purdy, *Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy*, 77 *Law & Contemporary Problems* 195-213 (2014)). C'est le même problème ici¹.

Le retour de la liberté contractuelle dans notre ordre juridique a été appuyé par certains constitutionnalistes et certains intellectuels². La décision « Loi sur la sécurisation de l'emploi » met donc bien en évidence la politique du Conseil : priver le législateur de la possibilité d'organiser la protection des plus faibles. Elle s'inscrit dans le cadre général du réaménagement des rapports de pouvoir dans les relations individuelles, que l'on voit aussi avec la diminution de la protection des salariés par exemple.

Pour finir, une anomalie n'est pas suffisamment relevée : au moment où le droit public se réorganise autour des

idées néolibérales, le droit privé fait une mue spectaculaire et finit par reconnaître par exemple le déséquilibre des relations contractuelles. Autrement dit, le droit des contrats prend officiellement un tournant réaliste et solidariste, prenant ainsi le contre-pied du droit public dans la grande révolution des rapports de pouvoirs que l'on constate aujourd'hui en droit en France.

¹ Rapport préc., p. 25 : « Au-delà de ces observations, il est très probable que la suppression des clauses de désignation se traduise par une hausse globale des frais d'acquisition : dans un espace concurrentiel, les organismes assureurs vont devoir assurer leur promotion auprès de l'ensemble des entreprises de la branche, là où ils étaient jusqu'à présent désignés. Les campagnes de publicité que l'on entend chaque matin sur les ondes radio suffisent d'ailleurs à se convaincre qu'une bataille de communication est engagée pour séduire les entreprises concernées ».

² Jean Peyrelevade, *La Constitution contre l'économie*, Commentaire 2013/4 n° 144.

le 13 mars 2017

Un « lit de justice » contestable : la réintroduction du délit de consultation de sites terroristes

Mathieu Carpentier

**Professeur,
Université Toulouse 1 Capitole**



Assemblée nationale, Paris

© Ex13 CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

La décision du Parlement de réintroduire dans notre droit pénal un délit de consultation de sites terroristes abrogé quelques jours plus tôt par le Conseil constitutionnel est critiquable à plusieurs points de vue. En premier lieu les dispositions nouvelles sont tout aussi contraires à la Constitution que les anciennes, en dépit des précautions dont leur rédaction a été assortie. En second lieu on doit admettre que l'arrangement des pouvoirs établi par l'article 62 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel le dernier mot sur l'interprétation de la constitution. En faisant fi de l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil, le législateur s'est arrogé un pouvoir qui n'appartient en définitive qu'au seul pouvoir constituant.

On peut admettre que l'idolâtrie contemporaine du juge constitutionnel, adoré telle une bouche de la vérité constitutionnelle, est parfois excessive. On peut reconnaître d'une part la dimension politique de la justice constitutionnelle en tant que telle et, d'autre part, les motifs d'opportunité politique qui guident bien des décisions du Conseil constitutionnel – à commencer sans doute par la décision n°2016-611 QPC du 10 février dernier dont il sera question ici. On peut enfin critiquer les errements du Conseil en

de nombreux points de sa jurisprudence. On doit cependant désapprouver la décision du Parlement de réintroduire au sein de notre droit pénal des dispositions abrogées quelques jours plus tôt par une décision du Conseil constitutionnel (dispositions qui figurent désormais à l'article 24 de la loi du 28 février 2017 sur la sécurité publique).

C'est la raison pour laquelle je partage un grand nombre des prémisses de la belle tribune du professeur Denis Baranger (JP Blog, 16 février 2017) sans souscrire à la conclusion qu'il en tire.

I. Une inconstitutionnalité persistante

Rien n'interdit au législateur de tirer les conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle celui-ci n'hésite pas à reporter l'abrogation de dispositions législatives contraires à la Constitution. Encore faut-il que le législateur ne s'enferme pas dans une inconstitutionnalité persistante. Tel est pourtant le cas ici.

On ne s'attardera pas ici sur les vices qui ont été susceptibles d'affecter la procédure législative. On sait que c'est à l'occasion d'une commission mixte paritaire (CMP) que le délit de consultation a été rétabli – et les commentateurs n'ont pas manqué de souligner

l'entorse faite à la règle de « l'entonnoir » dégagée par le Conseil constitutionnel à partir de l'article 45 de la Constitution (v. pour sa formulation définitive, la décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006). Or cette question est désormais dénuée de pertinence dès lors que la loi du 28 février n'a pas fait l'objet d'un contrôle a priori et que l'irrégularité de la procédure législative n'est pas invocable en QPC.

En revanche, il convient de souligner que l'article 24 de la loi du 28 février demeure, quant à son contenu, tout aussi inconstitutionnel que la disposition censurée par le Conseil dans sa décision n° 2016-611 QPC.

Il est vrai que les membres de la CMP ont, de bonne foi, souhaité se conformer aux exigences posées par le Conseil constitutionnel. Certes, certains parlementaires (en particulier certains députés de l'opposition) n'ont pas hésité à adopter une attitude martiale à l'endroit du Conseil constitutionnel, suspecté de vouloir livrer la France à Daech. Mais ce n'est certainement pas le cas de l'ensemble des membres de la CMP, ni de l'ensemble des parlementaires qui ont soutenu cette adjonction. L'intention des parlementaires n'est cependant ici pas pertinente : le texte adopté demeure contraire à la Constitution.

Dans sa décision du 10 février, le Conseil a appliqué son triple test de proportionnalité issu, dans sa formulation actuelle, de la jurisprudence *Loi relative à la rétention de sûreté* (Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008) et inspiré par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Ce test exige que les atteintes portées à certaines libertés constitutionnellement garanties soient « adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi ». En matière de liberté d'expression et de communication, le test est appliqué dans un ordre différent, en plaçant la nécessité avant l'adaptation, selon le choix effectué par le Conseil dans sa décision *Hadopi* (Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009). V. à ce sujet D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 309-310 et p. 645. L'application de ce triple test par le Conseil constitutionnel appelle plusieurs observations.

D'une part, l'application de ce triple test de proportionnalité diffère de l'application du principe de nécessité et de proportionnalité des peines découlant de l'article 8 de la DDHC, où, sauf en certains cas, le Conseil opère avant tout un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou de la disproportion manifeste. Au contraire lors de l'application du triple test, le juge effectue un contrôle plein

et entier de l'atteinte portée par la loi, fût-elle pénale, à une liberté constitutionnellement garantie.

D'autre part, l'inversion de l'ordre des éléments du contrôle en matière de liberté d'expression et de communication révèle un caractère séquentiel du contrôle, un « ordre lexical » de ses éléments. Le contrôle de la nécessité précède celui de l'adaptation et de la proportionnalité; de sorte que lorsque l'atteinte n'est pas nécessaire, le contrôle de l'adaptation et de la proportionnalité *stricto sensu* est en principe superflu. Dans sa décision du 10 février dernier, le Conseil constitutionnel a d'abord affirmé, dans une série de paragraphes particulièrement fournis, que l'introduction dans notre droit pénal du délit de consultation de sites terroristes constituait une atteinte non nécessaire à la liberté de communication, eu égard aux dispositions législatives d'ores et déjà foisonnantes qui confèrent des pouvoirs étendus aux autorités administratives et judiciaires en matière de prévention et de répression des infractions à caractère terroriste. Par la suite il a relevé, à partir d'un faisceau disparate de considérations (tirées de l'intention de celui qui consulte le site, du caractère vague de l'exception de bonne foi, etc.), le caractère inadapté et disproportionné de l'atteinte au regard de l'objectif poursuivi. Il faut bien voir, cependant, que dès lors que l'absence de nécessité est constatée, les motifs

tirés du caractère inadapté et disproportionné sont surabondants.

Dans leur volonté de bien faire, les membres de la CMP ont certes apporté au nouveau dispositif de répression de la consultation de sites terroristes un certain nombre de correctifs : ainsi est désormais exigée la preuve de l'adhésion de l'internaute à l'idéologie véhiculée par le site ; d'autre part, les exceptions à la loi sont plus clairement définies et délimitées. L'ensemble de ces ajouts procède de la prise en compte des motifs tirés du caractère inadapté et disproportionné du dispositif censuré par le Conseil. Le problème naturellement est que tout ceci, quelque louable que ce soit, ne permet pas de rendre le nouveau dispositif plus nécessaire que l'ancien, étant donné qu'il s'insère dans le même environnement législatif. D'ailleurs de nombreux parlementaires de la majorité qui, en dépit de leur réticence, ont voté en faveur du texte ou se sont abstenus, l'ont reconnu, puisqu'ils ont mis en avant le caractère virtuellement inutile de cette disposition pour expliquer qu'ils ne s'y soient pas opposés ! Quand bien même l'atteinte serait plus proportionnée, ou plus adaptée, au but poursuivi, elle n'en serait toujours pas nécessaire (c'est d'ailleurs ce que relève la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans un avis relatif en date du 23 février 2017). Cette atteinte demeure, à ce

titre, contraire à la Constitution – ou tout au moins contraire aux exigences résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

II. Quelle autorité ?

La question demeure : pourquoi donc le Parlement devrait-il se plier aux exigences du juge constitutionnel ? Le professeur Baranger a tout à fait raison lorsqu'il affirme que les considérations que le Conseil consacre à la nécessité du dispositif relèvent de l'opportunité politique et que le Conseil s'arroge ainsi, en dépit des dénégations dont il est coutumier depuis sa jurisprudence *IVG*, un « pouvoir d'appréciation » analogue à celui dont bénéficie le législateur. Le nier revient assurément à « faire comme si le juge constitutionnel, lorsqu'il censure une loi, prononce des vérités constitutionnelles indiscutables moralement et exemptes de toute considération (bassement) politique ». Or cette dimension politique de la jurisprudence du Conseil, jointe à une motivation extrêmement pauvre des décisions, peut certes être constatée à l'occasion de décisions de censure, mais elle peut également l'être à l'occasion de déclarations de conformité. Du reste, reconnaître cette dimension politique n'immunise pas le Parlement, dans l'affaire qui nous occupe ici, contre toute critique légitime.

Si l'on admet que le Conseil constitutionnel est – comme tout juge constitutionnel, au fond – un organe politique, il faut se résoudre à ce que l'autorité de ses décisions ne s'attache pas à la valeur morale intrinsèque de la justice constitutionnelle en tant que telle, ni *a fortiori* à la valeur morale intrinsèque d'une institution telle que le Conseil. Cependant, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel découle clairement de l'article 62 al. 3 de la Constitution. Pour parler comme les philosophes, l'article 62 crée une « raison indépendante du contenu » de ne pas violer les décisions du Conseil constitutionnel. Quels que soient les errements de sa jurisprudence, quelque discutable que soit la qualité de certaines de ses décisions, celles-ci s'imposent aux pouvoirs publics indépendamment de leur contenu et de leur mérite. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel, revenant sur une jurisprudence antérieure, a affirmé en 1989 que « si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution » (Décision n°89-258 DC

du 8 juillet 1989). Le nouveau dispositif adopté par la CMP est donc non seulement contraire à la liberté de communication, mais il est également contraire à l'article 62 de la Constitution et il est susceptible d'être abrogé sur ce seul fondement par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une nouvelle saisine QPC.

L'article 62 met en place un système où, hors intervention du pouvoir constituant dérivé, le Conseil constitutionnel a le dernier mot. La Constitution française n'instaure pas un système de dialogue entre juge et Parlement à l'instar du « nouveau modèle » de justice constitutionnelle mis en avant par des auteurs comme M. Tushnet ou S. Gardbaum (pour une présentation complète et critique, v. M. Altwegg-Boussac, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. XIII, 2014). Ainsi S. Gardbaum distingue bien les cas où le législateur viole habituellement les décisions du juge constitutionnel avec l'absolution éventuelle de ce dernier, et les cas où la Constitution met en œuvre un système fondé sur la coopération et le dialogue, le dernier mot étant réservé au législateur (v. S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 27-28 et p. 119).

Dès lors que la Constitution réserve le dernier mot au juge constitutionnel, il en résulte d'une part que la procédure de dialogue, si elle existe, est purement informelle et d'autre part que la seule manière de renverser une décision du Conseil constitutionnel est le lit de justice constituant. En l'absence, dans notre Constitution, d'une « *Notwithstanding Clause* » analogue à l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés, les parlementaires qui sont en désaccord avec une décision du Conseil constitutionnel n'ont d'autre choix que de déposer une proposition de loi constitutionnelle. Cette nécessité découle directement de l'article 62 de la Constitution.

Il est certain que, comme c'est le cas de toute disposition constitutionnelle, le contenu et la portée de l'article 62 de la Constitution sont largement fixés par la pratique — et, pour cette raison peuvent être modifiés par la pratique. Ceux qui s'émeuvent du déclin de la loi, expression de la volonté générale applaudiront la réintroduction du délit de consultation comme une évolution bienvenue de la pratique. Ils salueront une entreprise visant à modérer les excès du Conseil constitutionnel et à lui faire adopter une attitude plus déférente à l'endroit du législateur. Une telle stratégie est certes *contra constitutionem* au premier abord, mais elle pourrait permettre de parvenir à un équilibre des pouvoirs jugé moralement ou politiquement plus

satisfaisant que celui qui résulte de la pratique actuelle. – Il n'est de fait pas impossible que le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC sur le nouveau délit de consultation de sites terroristes, décide d'absoudre le législateur et de déclarer ces dispositions conformes à la Constitution. Le rapport de forces serait alors nettement plus favorable au Parlement qu'il ne l'est actuellement.

Cette stratégie est néanmoins critiquable pour trois raisons.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel est loin d'être le plus activiste des juges constitutionnels. Au contraire, il pâtit d'une fragilité structurelle qui détonne dans le paysage contemporain des cours constitutionnelles, et qui s'explique par un certain nombre de facteurs bien connus : une composition critiquable et critiquée, une certaine culture de l'opacité heureusement mise à mal par la QPC, une motivation aléatoire des décisions... Il résulte de cette fragilité institutionnelle une timidité relative dans l'exercice de ses prérogatives. Certes le Conseil a pu, en certaines occasions, raffermir son contrôle. Il demeure que les chameaux qu'il a capturés dans ses rets pèsent peu au regard du nombre de moustiques qui jonchent le sol de l'aile Montpensier du Palais Royal. Sa jurisprudence récente relative à l'état d'urgence en est l'illustration la plus éclatante

(v. par exemple la très remarquable décision n°2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016).

En second lieu, si l'on souhaite que la loi exprime la volonté générale, encore faut-il que le Parlement s'en montre digne. La réintroduction du délit de consultation de sites terroristes illustre au contraire un grand nombre des travers de la culture parlementaire française. A aucun moment n'a eu lieu de débat sur la nécessité véritable de cette disposition. Elle a été adoptée grâce à l'utilisation d'une procédure qui était engagée à une autre fin. Des députés et sénateurs hostiles à cette disposition ou, tout au moins, peu convaincus de son utilité, s'y sont rangés à la faveur de calculs politiques dont ils ne sortent pas grandis. Le texte de la CMP a été adopté en nouvelle lecture par une poignée de députés, puis de sénateurs, à une heure avancée, dans l'indifférence générale... Pour une réaffirmation grave et solennelle de la loi, expression de la volonté générale, face au gouvernement des juges, on repassera.

Enfin, il convient de souligner ce qu'aurait de délétère un affaiblissement supplémentaire du Conseil constitutionnel dans le contexte de répartition des pouvoirs qui résulte de la pratique de la Ve République. Comme c'est le cas dans la plupart des régimes parlementaires modernes, le régime français est marqué par une forte prééminence de

l'exécutif, non seulement en raison des compétences propres qu'il est susceptible d'exercer, mais également et surtout en raison de la mainmise qu'il détient sur le travail législatif. L'opposition entre un Parlement élu, seul détenteur de la légitimité démocratique, et des juges contre-majoritaires passe par pertes et profits le rôle déterminant que joue, dans la détermination de la volonté générale même, l'exécutif dans nos démocraties parlementaires. Les facteurs en sont connus : fait majoritaire, rationalisation du parlementarisme, affaiblissement des mécanismes de contrôle. Le cas français pousse cette tendance à son paroxysme, dès lors que l'exécutif jouit d'une irresponsabilité politique *de facto*, voire, s'agissant du président de la République, *de jure*. Dans cette perspective le contrôle de constitutionnalité des lois constitue également, dans une large mesure, un contrôle de l'action de l'exécutif. Il peut paraître surprenant d'attribuer un tel rôle au Conseil constitutionnel quand on sait de quelle manière cette institution a été originellement conçue ; il demeure que c'est bien, dans une certaine mesure et sous toutes réserves utiles, l'office qu'il remplit aujourd'hui. Lorsque la loi n'exprime la volonté générale que si l'exécutif y a consenti, on peut juger utiles, voire légitimes, les mécanismes institutionnels et politiques qui permettent de s'assurer qu'elle le fasse dans le respect de la Constitution – fût-ce au prix d'un monopole parfois contestable d'interprétation

de cette dernière. Le reconnaître n'est ni idéaliser la fonction du juge constitutionnel, ni se résoudre au gouvernement des juges.

le 16 mars 2017

Le Conseil constitutionnel et les portes étroites

Thomas Perroud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Conseil constitutionnel, Paris

blog.juspoliticum.com

Le rapport remis par Denys de Béchillon sur les portes étroites contient une conclusion importante : la procédure de contrôle a priori du Conseil constitutionnel peut déroger aux principes du procès. La proposition de réforme qu'il contient (la publication du nom des promoteurs des portes étroites) est tout à fait insuffisante par rapport aux enjeux : la possibilité pour les citoyens de contrôler l'action du juge de la loi. Nous souhaiterions contester fermement les conclusions de ce rapport qui reposent sur l'idée que l'autorité de l'institution dépend du secret de sa procédure. Plus fondamentalement, les portes étroites mettent en évidence certains mythes qui entourent le Conseil et que nous voudrions ici dissiper.

Le rapport remis par Denys de Béchillon au Conseil constitutionnel sur la pratique des portes étroites est extrêmement instructif et permet de mettre fin à certains mythes sur lesquels le Conseil constitutionnel s'est construit. Il expose assez crûment la façon dont cette institution se pense, et met en évidence ce paradoxe fondamental : la légitimité du Conseil a été bâtie, dans les années 80, autour de l'idée qu'il s'agissait d'une juridiction ; or, la lecture de ce rapport dément formellement cette assertion. Le Conseil ne se vit pas comme une

juridiction et la pratique des portes étroites en atteste. De même, le consensus doctrinal tend à exempter le Conseil de l'application des principes fondamentaux de tout procès. Le débat actuel sur les portes étroites met bien à jour le malentendu sur lequel cette instance s'est construite. Peut-il s'agir d'une juridiction alors même qu'elle ne respecte justement aucun des principes fondamentaux du procès, les principes du contradictoire et de publicité ? Les portes étroites ne sont malheureusement qu'une des nombreuses aberrations du fonctionnement du Conseil, que nous évoquerons à la fin, après avoir formellement démenti l'affirmation centrale du rapport : le secret n'est pas le garant de l'autorité du Conseil, au contraire !

Qu'est-ce qu'une porte étroite ?

Avant de commenter ces deux points, qui constituent l'essentiel de l'apport de cette étude, nous voudrions faire plusieurs remarques. D'abord, ce rapport pose un problème de définition. Qu'est-ce qu'une porte étroite ? Le rapport a choisi une définition qui permet d'exclure de nombreuses autres formes d'intervention occultes devant le Conseil. Stricto sensu, la porte étroite est l'intervention adressée au Conseil et reçue par le greffe, qui est ensuite adressée à l'ensemble des membres. Or, les entretiens que nous avons pu avoir nous ont permis de mettre en

évidence que les portes étroites ne sont qu'une des trois modalités d'intervention informelle possibles. À côté de la porte étroite (qui est en réalité la forme d'intervention la mieux encadrée — c'est dire !) on trouve d'autres pratiques informelles : des notes blanches — par exemple par des parlementaires — peuvent être adressées au rapporteur avant la délibération et, apparemment, la pratique voudrait que ces notes soient ensuite transmises aux autres membres de la formation de jugement. Il peut aussi arriver que, lors des délibérations, des juges lisent des notes rédigées par des lobbyistes. Les portes étroites ne sont donc qu'une des formes d'intervention que le Conseil reçoit en pratique. Le rapport Béchillon ne s'intéresse donc qu'à une seule forme d'intervention, alors même qu'elles posent toutes les mêmes questions : faut-il les transmettre au gouvernement chargé de défendre la loi ? faut-il les rendre disponibles au public au nom duquel toute justice doit être rendue ?

Une méthodologie discutable

Ensuite, on ressent une sorte de malaise à la lecture de cette étude. Ce rapport montre que l'on peut manifestement réfléchir à la procédure du Conseil constitutionnel en 2017 sans réaliser aucune analyse comparative. Le rapport ne contient en effet aucune référence à des procédures équivalentes à l'étranger.

Au contraire, le point de comparaison majeur du rapport n'est pas la Cour suprême américaine, c'est le Conseil d'État. Ce faisant, il dévoile le second mythe sur lequel le Conseil constitutionnel s'est construit. Les constitutionnalistes ont en effet construit la légitimité du Conseil dans les années 80 et 90 sur l'idée qu'il s'agissait bien d'une juridiction et en important les façons de penser des administrativistes. Bastien François a ainsi montré dans sa thèse que le Conseil d'État avait fourni un « modèle de juridicité » pour asseoir la légitimité du Conseil constitutionnel dans les années 80. Or, la comparaison avec le Conseil d'État ne peut être que limitée, surtout sur la question des portes étroites. Il est vrai que ce dernier, en formation consultative, accepte aussi ce procédé — ce qui est déjà hautement problématique. Mais l'institution qui juge la loi ne peut pas prendre appui sur celle qui ne donne qu'un avis (dans sa formation consultative) ou dont l'objet est de juger l'acte réglementaire. Les éventuels défauts du Conseil d'État sont inacceptables pour le juge de la loi.

Un autre point amène un commentaire : qui a été consulté pour l'élaboration de ce rapport ? Les personnes consultées sont des juges (des deux ordres de juridiction), certains universitaires, des cabinets d'avocats d'affaires manifestement intéressés par l'issue de ce rapport, des lobbyistes, des dirigeants

d'entreprises (dont l'un est un ancien membre du Conseil d'État). Des parlementaires ont-ils été consultés? Non. D'anciens juges constitutionnels ont-ils été consultés? Non. Les associations qui luttent contre la corruption et le lobbying ont-elles été consultées (Anticor, Transparency International, Oxfam)? Bien sûr que non. Des spécialistes de droit constitutionnel comparé? Encore une fois, non. Il est frappant que, une fois de plus, le Conseil constitutionnel ait soigneusement choisi « sa » doctrine, celle qu'il adoube et avec laquelle il accepte de dialoguer. On le voyait déjà aux listes d'articles de doctrine (assez sélectives) accompagnant les décisions sur le site du Conseil. Cette sélectivité pose problème : elle écarte toute vraie discussion.

Portes étroites et « qualité » de la décision constitutionnelle

Qu'on ne se méprenne pas quant à notre opinion sur les portes étroites : elles ont toute leur place dans le procès constitutionnel. Sur ce point nous sommes en accord avec Denys de Béchillon et nous l'avons d'ailleurs écrit. Rien ne serait plus dangereux que d'interdire cette pratique (comme nous l'avons dit plus haut, les procédures occultes existent déjà, autant ne pas en rajouter). Nous divergeons cependant fermement avec Denys de Béchillon sur le fondement de l'intérêt des portes étroites. Pour cet auteur, les portes étroites ne

peuvent avoir un fondement démocratique : « on échouerait sans doute à soutenir qu'il soit théoriquement nécessaire de donner la parole aux citoyens dans le prétoire du contrôle de constitutionnalité a priori ». C'est pourtant l'argument de Vedel. Au contraire, pour cet auteur, l'intérêt des portes étroites tient à la « qualité » de la future décision. L'utilisation de ce terme manifeste bien l'emprise du discours managérial sur la justice constitutionnelle (qui se manifeste de multiple façons en contentieux, notamment par la censure des cavaliers). La légitimité démocratique d'une procédure participative est donc disqualifiée au nom de ce terme – la qualité – dont l'emprise sur l'administration n'a été que croissante, comme le montre la thèse de Lucie Cluzel (Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2006). Ce qu'il faut lire derrière cette réflexion c'est que les portes étroites doivent rester une affaire de spécialistes qui éclairent le Conseil, et non l'affaire des citoyens : « Le Conseil constitutionnel peut trouver avantage à disposer d'éléments de discussion élaborés par de bons spécialistes, parfois de longue main lorsqu'ils ont été invités à y réfléchir très en amont ». On découvre d'ailleurs au détour de cette phrase que les consultations peuvent donc contenir des éléments d'expertise, contredisant éventuellement les expertises gouvernementales et qui ne seront jamais discutés (puisque telle est la conclusion du

rapport). Or, si le Conseil censure sur le fondement d'une expertise démontrant, par exemple, qu'il existe un choix de politique publique (différent de celui finalement choisi par le gouvernement et le parlement) qui permet d'atteindre le même objectif en présentant une violation moindre d'une liberté fondamentale, n'est-ce pas de toute première importance que d'en informer les décideurs ? Il ne s'agit pas d'un cas d'école. Pour la censure sur la « Loi sur la sécurisation de l'emploi », le Conseil a ainsi entendu deux économistes pour se faire une religion sur ces fameuses clauses de désignation dont nous avons parlé dans un précédent *billet*. Qu'ont dit ces économistes qui a pu éventuellement faire pencher la balance ? Nous ne le saurons jamais. Le fondement des portes étroites ne peut donc être recherché du côté de la qualité, celui-ci ne peut procéder au contraire que de ce droit de pétition que la Constitution américaine contient en son premier amendement : toute personne détient le droit de faire entendre son point de vue à toute institution publique, depuis le Conseil constitutionnel jusqu'à l'ensemble de l'administration.

Le contradictoire devant le juge constitutionnel

Venons en donc aux deux conclusions importantes de ce rapport : d'une part, le principe du contradictoire ne s'oppose pas à ce

que le Conseil constitutionnel ne communique pas au Secrétariat général du gouvernement les portes étroites reçues ; d'autre part, le principe de publicité ne s'oppose pas non plus à ce que les portes étroites restent secrètes (le public ne disposera que de la liste des portes étroites reçues).

Avant de lire ce rapport, nous pensions naïvement que le principe de contradictoire était un principe cardinal du procès. Il faut d'ailleurs mettre en parallèle cette réflexion avec l'ensemble des évolutions qu'ont connu les procédures des juridictions suprêmes en France, au nom du droit au procès équitable. Les défauts de la procédure devant le Conseil d'État et la Cour de cassation ont progressivement été corrigés sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel reste donc la dernière institution qui pense qu'elle peut s'exonérer de l'application de ce principe. L'instance qui défend la loi, le Secrétariat général du gouvernement (SGG), service du Premier ministre (lequel peut d'ailleurs saisir le Conseil, ce qui n'est pas la moindre des curiosités...) n'a pas à sa disposition l'ensemble des arguments dont les juges disposent pour prendre leur décision. La seule façon dont il peut connaître les raisons sur lesquels le juge se fondera tient dans le questionnaire que le Conseil adresse au SGG. Rien n'interdit d'ailleurs au Conseil de censurer une loi sur

un motif non discuté avec le SGG, de toute façon. Pour justifier cela, Denys de Béchillon recourt à la mythologie juridique du « pur droit ». Le contrôle de constitutionnalité a priori est, dit-il, un « procès de pur droit »... ce qui laisse songeur... En outre, le rapport avance le problème du délai (le Conseil dispose d'un mois pour juger) et justifie encore cette pratique par une comparaison, hors de propos, nous semble-t-il, avec la procédure administrative contentieuse. Le rédacteur estime finalement que le respect du contradictoire n'apporterait rien au défenseur de la loi car l'ensemble des arguments serait contenu dans le questionnaire. Ceci n'est d'abord pas totalement exact. Rien n'empêche le Conseil de censurer une disposition sur le fondement d'un moyen qui n'aurait pas été discuté avec le SGG. Le rapport est donc d'avis que l'on peut mettre, en France, le défenseur de la loi dans une position défavorable. Comme nous le verrons plus loin, cette imperfection pourrait à la limite être supportable, si elle ne s'accompagnait d'un autre défaut majeur du Conseil, l'emprise des bureaux (et non des juges !) sur la décision finale.

Une procédure opaque

La seconde grande conclusion du rapport est que les citoyens n'ont pas non plus le droit de connaître quels arguments (présentés par de « bons spécialistes ») ont pu influencer

le juge de la loi. Certes, l'opacité est jugée « discutable ». Le rapport commence encore par dénoncer les imperfections du procès administratif, « dont personne ne s'étonne ». Ces comparaisons constantes avec le procès devant le Conseil d'État sont instructives. Personne ne disconvient que le procès devant le juge administratif contient des défauts, qui ne sont pas discutés aussi parce que pendant longtemps le juge administratif n'avait que des pouvoirs limités. Il faudrait certainement s'en inquiéter davantage maintenant qu'il peut neutraliser la loi. Mais ce n'est pas la question ici. Nous sommes face au juge de la loi, aucun défaut dans la publicité de la procédure ne peut, selon nous, être toléré. Quels arguments font ici pencher la balance ? Denys de Béchillon énumère les arguments en faveur et contre la publication. Comment tranche-t-il ce « dilemme », pour reprendre son expression ? Il énonce le principe de précaution... mais l'argument fondamental est celui-ci : « Il est utile, voire essentiel, que rien ne soit fait qui contribue à affaiblir le crédit du Conseil ni l'acceptabilité de ses décisions dans la sphère publique ». L'auteur craint les « accusations d'illégitimité ». La publication, de surcroît, donnerait l'impression que la saisine serait ouverte à tous. Il ajoute que la Constitution n'attribue la capacité de saisir le Conseil qu'à certaines autorités, et non aux citoyens, le juge tenant de son office le pouvoir de soulever d'office certains arguments. Ces affirmations

peuvent être aisément contredites. C'est le Conseil lui-même qui a développé la pratique des portes étroites en soulevant d'office des arguments que celles-ci avaient dégagés. C'est donc lui qui a, dans les faits, élargi la saisine contre la lettre de la Constitution. On ne peut pas opposer la lettre de la Constitution à la publicité puisque c'est le Conseil lui-même qui a ouvert cette voie de saisine que Vedel justifiait d'ailleurs pour remédier à l'absence de voie de contrôle ex post qui serait ouverte à tous. Autrement dit, l'argument positiviste (voici quel est le droit) est démenti par la pratique mais sert à justifier le secret. Ceci ne nous semble pas raisonnable. Mais l'argument qui nous semble le plus désespérant est celui qui tient à l'autorité. Notre institution la plus haute, celle qui défend la Constitution de notre pays, est aujourd'hui convaincue que son autorité est liée au secret qui l'entoure. Cet argument se traduit d'ailleurs dans la pratique décisionnelle du Conseil, prêt à contrecarrer les initiatives du parlement pour plus de transparence, comme nous l'avions montré dans un précédent billet (et comme Frédéric Rollin vient d'en donner un autre exemple, non sans lien avec l'affaire Fillon, dans un article paru sur le Blog Dalloz). Rien n'est plus faux, et les analyses empiriques le démontrent. Les études de psychologie sociale, concernant en général la Cour suprême américaine, ont montré que l'autorité des décisions d'une juridiction n'était pas corrélée au résultat

du jugement (favorable ou défavorable au requérant) mais au sentiment que la procédure suivie a été juste. Notamment, un article de Tom R. Tyler sur la justice procédurale affirme ceci : « la légitimité des institutions publiques, locales et nationales, et la disposition à accepter leurs décisions sont influencées par notre perception de l'impartialité de la procédure de décision » (Tom R Tyler and Kenneth Rasinski, « Procedural Justice, Institutional Legitimacy, and the Acceptance of Unpopular U.S. Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson », *Law & Society Review*, Vol. 25, No. 3 (1991), pp. 621-630).

L'emprise des bureaux

Mais pour finir, ces défauts pourraient à la limite être rachetés s'ils ne s'accompagnaient d'un problème fondamental que nous avons évoqué plus haut : l'emprise sur la décision du Conseil des « bureaux », autrement dit, de la direction juridique et du secrétaire général. Si l'on suit la procédure d'instruction devant le Conseil, on constate qu'il y a deux phases bien distinctes : une phase d'élaboration d'une première décision par le service juridique, puis une seconde phase qui s'ouvre lorsque cette décision est proposée au rapporteur, lequel est un juge. Autrement dit, les juges n'entrent en jeu, dans la procédure devant le Conseil, que dans un deuxième temps. Cette seconde phase est opaque, mais la première l'est encore

d'avantage, d'autant que ces services ne signent évidemment pas la décision finale alors qu'ils l'ont en réalité déjà prise. Tout porte à croire qu'il y a une première délibération de la décision du Conseil avant son passage au rapporteur. Le rapporteur peut évidemment s'opposer au choix de la direction juridique, mais il doit se justifier et argumenter solidement. Sa position est d'autant plus délicate qu'il découvre la décision alors que la direction juridique l'a déjà travaillé et a entrepris une solide analyse juridique, en ayant déjà réalisé des arbitrages. Au risque de la caricature, on pourrait définir ainsi la procédure type de contrôle a priori du Conseil constitutionnel : une procédure informelle ne respectant aucun principe du procès, menée par un bureau, influencée par des lobbys, qui aboutit à une décision que signent des juges. L'influence concrète des bureaux, et le poids des juges dans chaque cas dépendront donc de la personnalité et de la compétence du secrétaire général et des juges eux-mêmes. Il est ainsi bien visible dans les délibérations que lorsque Georges Vedel est rapporteur, c'est lui qui a pris la décision, ou en tout cas qu'il l'endosse complètement et peut en rendre compte parfaitement. Au fond, la raison fondamentale qui explique la violation volontaire et caractérisée des principes de publicité et du contradictoire, est que ceux-ci diminueraient certainement le poids du Secrétaire général dans la procédure, en encadrant plus fermement le contrôle a

priori. Le Conseil constitutionnel français est une institution fascinante, mais le plus fascinant peut-être, est que la doctrine accepte de cautionner ce système... « *Something is definitely rotten in the State of Denmark !* »

¹ Le rapport est disponible ici : <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel/>

le 6 juin 2017

Les enseignements de la décision du Conseil constitutionnel sur le temps d'émissions pour la campagne officielle des élections législatives

Jean-François Kerléo

**Maître de conférences,
Université de Lyon 3**



Conseil constitutionnel, Paris

© LPLT CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Dans sa décision du 31 mai 2017, résultant d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le parti du nouveau président de la République, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la disposition du code électoral privilégiant massivement les partis représentés au Parlement dans l'accès aux médias pendant la campagne législative. Le présent article souligne la portée politico-juridique de cette décision et pointe aussi certains problèmes de l'argumentation du Conseil constitutionnel qui se fait ici largement législateur.

La situation inédite résultant de la récente élection présidentielle se répercute sur la campagne législative, en provoquant une inadéquation du droit aux faits. La dernière illustration de cette asymétrie entre l'évolution de la structure politique et les règles juridiques est à rechercher dans le droit électoral, et notamment l'article L. 167-1 du code électoral qui vient d'être censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche !* La loi du 29 décembre 1966, à l'origine de cet article, prévoit un critère unique de répartition du temps d'antenne entre les formations politiques pour la campagne audiovisuelle officielle, en fonction de leur représentation par un groupe politique

dans l'Assemblée nationale sortante. Les formations effectivement représentées se partagent alors trois heures d'émissions officielles tandis que celles non représentées, mais qui présentent au moins 75 candidats aux élections, se voient attribuer une durée d'émission de sept minutes au premier tour et de cinq au second. Le dispositif ainsi prévu attribue donc une prime aux sortants, en oubliant au passage les formations politiques locales qui présenteraient moins de 75 candidats, celles-ci ne disposant dès lors d'aucun temps d'antenne.

Un tel dispositif législatif consolide le rôle des partis de gouvernement et anéantit la visibilité médiatique de formations politiques plus modestes. Il concourt à renforcer le bipartisme politique qui s'est justement inscrit et imposé dans le paysage de la Ve République au début des années 1970. Or, c'est bien cette bipolarité de la vie politique, traduite par l'affrontement entre majorité et opposition en France, qui semble avoir volé en éclats avec l'élection présidentielle. La victoire d'un candidat – M. Macron – sous les couleurs d'un mouvement qu'il avait créé quelques mois plus tôt, comme le fait que son adversaire du second tour – le Front National – ne dispose pas non plus de groupe parlementaire (seulement deux élus à l'Assemblée alors qu'il en faut 15 pour constituer un groupe), contribue à la réapparition d'un multipartisme

qui contredit la structure bipartisane sur laquelle se fonde l'article L. 167-1 du code électoral. Ce constat crée une distorsion entre l'expression du suffrage des électeurs, et donc la représentativité virtuelle du parti *La République en Marche* (LRM), avec sa capacité à s'exprimer pendant la campagne. Un tel problème, qui n'est d'ailleurs pas inédit puisqu'il s'est rencontré en 2002 avec l'accession au second tour de Jean-Marie Le Pen, concerne tout autant les candidats du Front national que ceux de la France insoumise qui, de leur côté, n'avaient pas envisagé de contester la décision du CSA. N'était-ce pas d'ailleurs d'abord à celui-ci, garant du pluralisme de l'information, de faire preuve d'une interprétation constructive, quitte à voir sa décision contestée par les partis "d'antan" ? C'est donc l'inadéquation du droit à cette nouvelle structure politique émergente que devaient juger le Conseil d'État puis le Conseil constitutionnel.

L'objet initial du litige réside dans la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), chargé de répartir les temps d'antenne entre les formations politiques présentant des candidats aux élections législatives¹. La décision de cette AAI ne faisait que tirer les conséquences du dispositif législatif issu de l'article L. 167-1 du code électoral sans disposer d'aucune marge de manœuvre. Le parti LRM l'a donc attaquée en référé devant

le Conseil d'État, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, en assortissant sa demande d'annulation d'une QPC selon laquelle cette attribution de temps d'émission, sans rapport avec sa place acquise depuis l'élection présidentielle, est susceptible de porter atteinte à l'expression pluraliste des opinions et à la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation, garanties par le troisième alinéa de l'article 4 de la Constitution. Le juge constitutionnel a statué dans un délai tout à fait remarquable sur la QPC qui lui était transmise par le Conseil d'État (ordonnance n° 410833) le 29 mai 2017.

Outre le caractère sérieux de la question, qui est démontré par l'énumération des fondements constitutionnels auxquels porterait atteinte l'article contesté (« *l'expression pluraliste des opinions et à la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation, garanties par le troisième alinéa de l'article 4 de la Constitution, au principe d'égalité devant le suffrage découlant de l'article 3 de la Constitution et de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et à la liberté d'expression garantie par l'article 11 de cette déclaration* »), le juge des référés justifie le renvoi au Conseil constitutionnel par l'évolution évidente des circonstances de droit et de fait². Si le critère

de la représentation à l'Assemblée n'était pas totalement absurde puisqu'il permettait de "cadre" le temps de parole et d'éviter les prétentions politiques farfelues, car non institutionnalisées, il se révèle désormais imparfait en accordant un temps d'antenne quasi-nul aux partis qui ont comptabilisé le plus de suffrages lors de l'élection présidentielle (LRM, FN, FI). De manière incongrue, le parti du Président nouvellement élu disposait d'un temps parole de sept minutes là où le parti socialiste bénéficiait de 80 minutes.

Dans sa QPC, le Conseil constitutionnel admet que la loi conduit à « *l'octroi de temps d'antenne sur le service public manifestation hors de proportion avec la participation à la vie démocratique de la Nation de certains partis et groupements politiques* ». Les dispositions contestées méconnaissent donc, selon le juge, celles du troisième alinéa de l'article 4 de la Constitution et affectent l'égalité devant le suffrage dans une mesure disproportionnée. Sur le fond, une telle décision est difficilement contestable, tant est manifeste la disproportion de temps d'antenne entre les partis. Elle se justifie d'ailleurs avec la jurisprudence du Conseil en la matière qui protège le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions avant tout en matière politique et médiatique (décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*), ces deux domaines étant

inextricablement liés par l'article L. 167-1 du code électoral. On peut surtout tirer deux enseignements en termes institutionnels de cette décision.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel est conduit à prendre en compte une situation de fait assez nouvelle, à savoir la survenue du multipartisme dans le paysage politique français. En dépit de la Constitution qui se structure autour de la distinction entre majorité et opposition (malgré l'apparition de groupes minoritaires depuis 2008) et des règles législatives encourageant à la bipolarisation de la vie partisane, un phénomène d'éclatement de l'offre politique a fait son apparition, ce qui bouleverse l'interprétation du droit. Tant que la vie politique était structurée autour de partis qui gouvernaient par le biais d'alliances avec des formations satellitaires, des dispositions législatives, telles que l'article L. 167-1 du code électoral sur la répartition du temps d'antenne, n'apparaissaient pas au juge constitutionnel ou administratif comme disproportionnées. La proportionnalité est donc appréciée par le juge à l'aune de l'évolution politique, et non comme portant intrinsèquement atteinte aux petits partis. Pourtant la QPC demeure un contrôle abstrait de constitutionnalité, le raisonnement du Conseil ne manquant donc pas de surprendre puisqu'il se fonde, en l'espèce, sur une situation de fait déterminante.

Les règles juridiques résistent aux comportements et aux situations politiques jusqu'à ce que les faits brisent leur légitimité. Or, cette décision démontre le dépassement du droit par le phénomène politique, ce qui laisse présager une reconfiguration plus large du droit électoral afin d'enregistrer le multipartisme, à moins que les prochaines élections législatives ne conduisent à une nouvelle restructuration bipartisane avec de nouvelles formations politiques. Toujours est-il que l'on prend la mesure de l'idéologie conservatrice et bipartisane sur laquelle était fondée le droit politique, et de la possibilité désormais ouverte d'une nouvelle ère multipartisane du droit, garantie par une plus grande égalité entre les formations politiques, dont l'an I serait caractérisé par cette décision du Conseil constitutionnel.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel incite ensuite le législateur à reconnaître ce multipartisme. Il censure l'article L. 167-1 du code électoral, en reportant dans le temps les effets de son abrogation afin de ne pas priver la décision du CSA de toute base légale. Toutefois, le report de l'abrogation ne vaut pas maintien du *statu quo* en attendant l'adoption d'une nouvelle loi, puisque le Conseil constitutionnel demande au CSA de prendre une nouvelle décision sur le fondement du III de l'article L. 167-1 (temps d'antenne des partis n'ayant pas

de groupe à l'Assemblée mais présentant au moins 75 candidats) dont il censure pourtant l'inconstitutionnalité. Le Conseil se fait donc juge administratif en statuant directement sur la décision administrative du CSA, objet de la requête initiale devant le Conseil d'État. Par conséquent, le Conseil constitutionnel demande à cette AAI de prendre une décision administrative sur le fondement d'un dispositif inconstitutionnel qui avait conduit le CSA à prendre la décision, jugée inconstitutionnelle, de répartition du temps d'antenne. On assiste à une contradiction consistant à fonder la constitutionnalité d'une nouvelle décision administrative (celle du CSA) sur un texte inconstitutionnel, en raison des dispositions transitoires que le Conseil réécrit lui-même en attendant l'adoption d'une nouvelle loi.

Ce raisonnement « illogique » est donc contrebalancé par ce que certains dénommeront une interprétation constructive (plutôt une nouvelle rédaction) du III de l'article L. 167-1 du code électoral. Sans exiger d'abandonner le critère du groupe parlementaire, le Conseil constitutionnel offre de nouvelles pistes au législateur, comme d'ailleurs au CSA, en proposant « *la prise en compte de l'importance du courant d'idées ou d'opinions que les partis représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment*

par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives ». Le Conseil lie ici les élections présidentielle et législative, confirmant la lecture présidentialiste de la Ve République qui s'était déjà renforcée avec la réforme du quinquennat et l'inversion du calendrier électoral. Cette dépendance consolidée de l'élection législative vis-à-vis du Président réinjecte une logique « partitocratique » à l'intérieur de l'élection présidentielle qui met pourtant davantage en compétition des individualités que des partis. Par ailleurs doit-on aussi prendre en compte les élections antérieures (municipales, européennes, etc.) et, auquel cas, quelle place accorder aux petits partis bien implantés dans certaines régions où ils ont des sièges mais présentant moins de 75 candidats ? Une représentativité forte mais très localisée doit-elle rentrer en ligne de compte dans le calcul du temps d'antenne ?

Toujours est-il que le CSA, tout comme le juge administratif, sont priés de suivre le juge constitutionnel, érigé pour l'occasion en un véritable législateur, puisque celui-ci admet sans autre explication que la future décision du CSA pourra prévoir un dépassement du temps d'antenne tel que prévu par le III de l'article L. 167-1 (qui fonde pourtant la légalité, et même la constitutionnalité de la décision du CSA) pour les formations non représentées

à l'Assemblée sortante, ce dépassement ne pouvant excéder cinq fois le temps inscrit dans la loi, sans que le Conseil justifie cette limite. On s'interroge sur le choix de cette disposition transitoire qui, sans arguments particuliers, apparaît à première vue artificielle, d'autant qu'elle est loin de mettre les partis sur un pied d'égalité, voire d'équité³.

Par conséquent, au lieu de le censurer, pourquoi ne pas avoir proposé une interprétation constructive du III de l'article L. 167-1 du code électoral, puisqu'elle semble suffire à fonder la constitutionnalité de la future décision du CSA ? Non seulement le juge constitutionnel est devenu un législateur, dans la mesure où ne se contentant pas d'interpréter une loi il y ajoute de nouvelles conditions, mais il devient *ipso facto* le régulateur des autorités administratives en dictant au CSA le contenu et les limites de sa future décision. S'il apparaît légitime que le Conseil constitutionnel incite le législateur à débattre face aux évolutions de la vie politique, cette légitimité est moins évidente lorsque ses décisions se substituent à la loi et dictent aux autorités administratives le contenu de leurs actes. Certes, le Conseil constitutionnel se convertit en législateur au cours de cette période particulière où le temps parlementaire est suspendu alors qu'une demande de loi s'avère impérieuse. Si cette décision se trouve justifiée par les conditions d'urgence de l'espèce et l'évolution

de la vie politique, pourquoi continuer à inscrire la QPC parmi les contrôles abstraits, alors qu'il conviendrait plutôt de reconnaître sa contextualisation (et donc sa dimension constructive) afin d'en contenir les dérives sur l'organisation institutionnelle.

¹ Décision n° 2017-254 du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 23 mai 2017 fixant la durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives des 11 et 18 juin 2017.

² Rappelons que le Conseil d'État avait validé le dispositif législatif dans un arrêt de 1997, en l'estimant conforme aux articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CE 23 mai 1997 n° 187697, *M. Meyet*).

³ La décision n° 2017-277 du 1er juin 2017 fixant la durée des émissions dont disposent les partis ou groupements politiques en vue de l'élection législative de juin 2017 accorde désormais environ 42 minutes à LRM, 38 minutes au FN et 31 minutes à FI, tandis que les autres partis qui disposaient aussi de 7 min dans la décision précédente du CSA bénéficient désormais d'un total de 14 minutes.

le 17 juillet 2017

La moralisation de la vie démocratique : on est loin du compte !

Thomas Perroud

**Professeur,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Ministère de la Justice, Paris

© Chabeo1 CC BY-SA 4.0

blog.juspoliticum.com

Si le projet visant à redonner confiance dans notre vie démocratique contient certaines propositions intéressantes, il laisse cependant de côté trois problèmes de taille, que nous voudrions détailler ici : les conflits d'intérêts de la haute fonction publique, des universitaires et l'indépendance de la presse.

La réforme envisagée par le gouvernement, désormais appelée projet de loi « pour redonner confiance dans la vie démocratique », se présente comme une saine réaction face à différentes affaires médiatiques. Elle comprend plusieurs volets importants mais trop limités. Alain Supiot et Lauréline Fontaine ont, à raison, insisté sur le besoin d'aller plus loin dans la réforme du Conseil constitutionnel, revoir sa composition pour éliminer tout risque de conflits d'intérêts et la motivation des décisions. Nous avons suffisamment dénoncé sur ce Blog l'importance du lobbying et des bureaux dans cette instance pour ne pas souscrire à leurs propositions (« La réforme devrait doter le Conseil constitutionnel d'un statut juridictionnel à la hauteur de ses missions », Le Monde 14 juin 2017). Mais, nous semble-t-il, ce projet présente aussi le sérieux défaut de ne s'intéresser qu'à la face émergée de la vie démocratique d'un pays moderne : le débat parlementaire. La vie démocratique de la

France est certainement altérée par l'absence d'impartialité et les conflits d'intérêts des parlementaires. Mais cela fait bien longtemps qu'elle excède le seul cadre du Parlement. Les impensés de cette loi sont les mêmes que ceux qui entachent les projets de réformes constitutionnelles, le projet de VI^e République d'Arnaud Montebourg au premier chef : la loi est d'abord faite dans les Administrations, par des experts, ce que l'on appelle l'État administratif. Nous voudrions souligner ces deux points : s'il faut relancer la lutte contre les conflits d'intérêts dans l'Etat, il faut aussi s'attaquer aux conflits d'intérêts dans la société et notamment ceux des chercheurs (et de tout ce qui gravite autour de qu'on appelle aujourd'hui l'expertise dans le débat public). Nous terminerons en évoquant ce qui constitue certainement le chantier le plus important d'une véritable réforme de la vie démocratique française : l'indépendance retrouvée de la presse. La vie démocratique d'un pays est liée avant tout à la qualité de son débat public. Or, il n'y a plus de débat public loyal en France, comme dans les autres démocraties d'ailleurs, ce qui constitue certainement un symptôme de ce que Jack Balkin appelle, pour les États-Unis, la décomposition, la putréfaction de la Constitution (« Constitutional Rot », in *Can It Happen Here? : Authoritarianism in America*, Cass R. Sunstein, ed., à paraître, 2018).

I. Les conflits d'intérêts dans l'Administration

Le projet en question laisse de côté une phase entière de l'élaboration des politiques publiques en France : la phase administrative. La lutte contre les conflits d'intérêts de la haute fonction publique devrait être au centre de cette réforme. L'ouvrage récent de Pierre France et Antoine Vauchez documente de façon très précise le brouillage des frontières entre le public et le privé que l'augmentation du pantouflage entretient (*Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Presses de Sciences Po, 2017) et les conséquences en termes de capture de l'intérêt public par les intérêts privés (A. Vauchez, De quelques conditions préalables à la confiance dans la vie démocratique, *Blog Do You Law*, 9 juin 2017). Le barreau, en recrutant de nombreux hauts fonctionnaires, sert d'agent pour le lobbying de l'État. Les cabinets d'affaires sont aujourd'hui, de fait, omniprésents dans la vie publique et dans l'élaboration des politiques publiques, comme ils l'ont été dans l'affaire de l'arbitrage Tapie. La moralisation de cette phase de l'élaboration des politiques publiques passe par trois réformes : la lutte contre les conflits d'intérêts en renforçant le contrôle du pantouflage (nous souscrivons à cet égard au diagnostic et aux propositions de Camille Mialot dans *Le Monde*¹), davantage d'expertise

et de transparence dans l'administration, la participation des citoyens à l'élaboration des politiques publiques. Ceci permettrait de remédier à un problème fondamental de la Constitution de la V^e République qui, à défaut de formaliser la phase administrative de l'élaboration des politiques, a favorisé ce que Delphine Dulong a appelé les « centres occultes du pouvoir », comme le club Jean Moulin qu'elle étudie (*Moderniser la politique, Aux origines de la V^e République*, L'Harmattan, 1997, p. 154).

Mais prenons plutôt un exemple pour voir l'influence du lobbying sur l'action administrative et la nécessité de sortir d'une vision de la démocratie centrée sur le Parlement. L'ouverture de la profession de notaire, opérée par la loi Macron, est emblématique d'une réforme voulue par le gouvernement, ratifiée par le Parlement et dont l'esprit a été contourné au moment des décrets d'application. Le Conseil supérieur du notariat avait pris comme lobbyiste la société Havas (on signalera en passant que cette société est aussi une agence de publicité...). Une fois la bataille perdue au Parlement sur le principe d'une ouverture du marché, le lobbying s'est concentré sur un point précis : la possibilité pour les notaires présents sur le marché de se porter candidat aux nouvelles charges. Les décrets d'application l'ont autorisé, au détriment d'éventuels nouveaux

entrants. Diane de Fortanier, du site Contexte, cite ainsi cette phrase d'un représentant d'Havas : « C'est une bataille que nous avons gagnée »... et que les jeunes notaires ont perdue. On ignore quel est le chaînon qui a cédé, permettant le détournement de la réforme au stade de l'exécution. En tout cas, cet exemple montre bien que ce n'est pas le Parlement qui doit être incriminé.

Cette absence de transparence, combinée à l'importance des conflits d'intérêts dans l'Administration tend à vicier la vie démocratique française. Mais au moins cet aspect est-il bien connu et documenté et a fait l'objet de projets de réforme. Il existe ainsi des institutions destinées à contrôler le pantouflage, même si elles sont inefficaces.

Il reste néanmoins à ce stade de nombreux impensés : le contournement de cette loi a été favorisé par l'absence de procédure participative, de transparence des organes consultatifs comme le Conseil d'État et d'étude d'impact systématique, obligatoire, des projets de décret. En France, très curieusement, l'étude d'impact est requise pour les projets de loi, mais pas pour les projets de règlement, ce qui témoigne une fois encore de notre incapacité à penser le pouvoir administratif. Aux États-Unis, une étude d'impact sur un projet de loi est inimaginable, en raison de la force de l'idéal parlementaire,

l'obligation ne s'appliquant qu'à l'Administration. Concernant la participation, la France pourrait prendre modèle sur les États-Unis où tout projet de règlement est soumis à une procédure participative.

Il devient donc urgent de formaliser les phases administratives : il faut plus de transparence, d'évaluation et de participation en amont, lors de l'élaboration des projets de loi, comme en aval, au moment de l'élaboration des normes d'application.

Rarement évoqués, alors même qu'ils sont au cœur de l'expertise dans l'élaboration des politiques publiques, les conflits d'intérêts des universitaires posent également problème.

II. Les conflits d'intérêts des universitaires

Le problème de l'avenir sera de trouver une doctrine pour défendre la voix des faibles, car les puissants ont toujours une doctrine prête à les servir. Ainsi, dans un entretien récent accordé à *Times Higher Education*, Alberto Alemanno avance : « Academics who lobby today, often do it because they have a financial return ». Il ajoute : « Most of the academics who engage today, they don't do it on a pro bono basis, they do it for money. This is not academic lobbying. » Une anecdote personnelle nous permet d'illustrer la thèse

d'Alberto Alemanno, qui brocarde très justement ces « academics-turned-lobbyists as “merchants of doubt” »². Nous avons été contacté il y a un certain temps par un cabinet de lobbying pour écrire contre la loi pour une République numérique. Le cabinet en question nous fournissait tout : le matériel documentaire, l'orientation souhaitée (bien évidemment). Nous avons refusé, un autre a accepté. L'article a paru dans un grand quotidien économique. Combien d'articles sont aujourd'hui publiés par des universitaires et versés dans le débat public sur commande ? Les journaux en question sont-ils rémunérés ? En tout cas, nulle part n'est indiqué le conflit d'intérêts.

L'affaire du Médiateur a tout de même mis en évidence de façon dramatique comment les entreprises achetaient les experts. Le réquisitoire du Parquet dans ce procès dépeint de façon extrêmement précise la façon dont ce laboratoire a organisé son influence. Le professeur Michel Aubier est lui aussi poursuivi en justice, et a été condamné en première instance, pour avoir menti sur ses liens d'intérêts avec un groupe pétrolier, alors même que le Sénat lui demandait un avis indépendant sur les effets du diésel sur la santé. Les mesures prises jusqu'à présent permettent de se défendre des conflits d'intérêts des experts lorsque ceux-ci siègent dans une Administration. Mais qu'en est-il du

débat public ? Jamais il n'est fait état, dans les journaux comme à la télévision, des conflits d'intérêts éventuels des experts auxquels on demande leur avis.

Ce problème est particulièrement visible en droit et en économie. En droit, aucune revue juridique ne demande de déclaration de conflit d'intérêts, alors même qu'il est évident que certains articles ont été écrits à la suite d'une consultation. Cette dérive de la consultation a déjà été critiquée par Michelle Gobert (« Le temps de penser de la doctrine », in *Droits* 1994, n°20, p. 97 s.) comme par Alain Supiot (« Grandeur et petitesesses des professeurs de droit », *Les Cahiers du Droit*, 2001, vol.42, n°3, pp. 595-614). La nouveauté est l'importance prise par la doctrine dans le débat public. Le problème n'est ainsi plus seulement celui de la consultation. L'exposition médiatique des universitaires est devenue extrêmement rémunératrice dans le cadre du lobbying justement (Michel Aubier est un habitué des plateaux de télévision). Combien d'universitaires vont aujourd'hui à la télévision en service commandé ? Combien d'économistes, que l'on voit régulièrement sur les plateaux, siègent dans des conseils d'administration de grandes entreprises ? Le brouillage des frontières dont parlent Antoine Vauchez et Pierre France est tout aussi dramatique en matière de recherche. Les chercheurs sont rémunérés et renforcent les

positions de certaines entreprises. Il n'y a donc pas de voix pour défendre les intérêts diffus.

Les conditions d'un débat démocratique loyal ne sont plus réunies en France si la transparence n'est pas faite sur les intérêts que défendent les universitaires. Une récente étude du Conseil d'analyse économique, rédigée par Jean Tirole, Agnès Bénassy-Quéré et Olivier Blanchard formule une recommandation extrêmement intéressante, concernant les économistes et qu'il faudrait étendre à l'ensemble des expertises versées au débat public, à savoir la rédaction par l'Association française de science économique d'un modèle adaptable de charte de déontologie et de déclaration d'intérêts, auxquelles journalistes seraient invités à se référer.

Enfin, le débat public pâtit, dans l'ensemble des grandes démocraties occidentales, de la crise de la presse.

III. L'indépendance de la presse et des médias

Enfin, nous voudrions évoquer un dernier chantier qui a peu d'écho encore en France, c'est l'intégrité de la presse. La liberté de la presse demande son indépendance et c'est la première condition d'une vie démocratique « morale », utilisons ce terme puisque c'est sur ce plan que le gouvernement a choisi de mettre le débat, de prime abord.

On sait qu'aujourd'hui il n'existe en France aucun quotidien indépendant : en dehors de *L'Humanité* et de *La Croix*, tous les grands quotidiens français appartiennent à des entrepreneurs. Or, des idées ont été avancées pour remédier aux problèmes de la presse : Bruce Ackerman, aux États-Unis, a fait des propositions pour son financement, Julia Cagé, en France, plaide pour des formes sociales qui garantiraient leur indépendance (*Sauver les médias*, Seuil, La République des Idées, 2015).

Bruce Ackerman, dans un article central, « Reviving Democratic Citizenship » (*Politics & Society*, 2013, Vol 41, Issue 2, pp. 309 - 317) propose un système de financement de la presse par les citoyens. Lorsque les citoyens lisent un article sur internet, ils peuvent voter pour dire si cet article leur a été utile. Il y aurait un système centralisé qui rémunérerait les auteurs sur la base de ces votes. La peur du gouvernement aux États-Unis permet de comprendre le choix pour une décentralisation complète du système. On pourrait aussi imaginer que chaque personne puisse avoir le droit de s'abonner gratuitement à un grand quotidien national. L'importance de la presse pour la vivacité de notre vie démocratique impose de mettre en place une solution pour son indépendance financière qui ne peut provenir de la philanthropie de certains milliardaires ou de la publicité.

Enfin, la proposition de Julia Cagé, qui n'a malheureusement pas reçu l'écho médiatique et politique que mérite son travail, est aussi à examiner. Elle a bien montré les limites du modèle des fondations, qui n'empêche pas les généreux donateurs d'intervenir dans le contenu et l'orientation éditoriale du journal. L'introduction en bourse aussi a des effets pervers car, pour les publications américaines qui ont choisi ce modèle, il s'est traduit par de sérieuses réductions d'effectif. La possession du capital assure par ailleurs un contrôle complet de l'entreprise — comme ne l'a que trop montré l'épisode de Canal+ avec l'intervention musclée d'une personne qui n'était qu'actionnaire. Julia Cagé propose un modèle de société de média permettant d'une part d'en sécuriser le financement et, d'autre part, d'encadrer fermement le pouvoir des propriétaires. Il s'agirait d'une « société à but non lucratif, sans versement de dividendes ni possibilités pour les actionnaires de récupérer leur apport (de la même façon que dans les fondations). »

On voit donc qu'il existe tout un faisceau de recherches dont l'objet est précisément d'établir un cadre sain à la vie démocratique de nos États, corrompus aujourd'hui par certains intérêts financiers devenus dominants. Clairement, le projet porté par le gouvernement ne prend pas la mesure des problèmes réels de nos sociétés.

¹ Moralisation : « Il faut imposer la transparence et le non-cumul aux plus hautes sphères de l'Administration », *Le Monde*, 14 juin 2016.

²A. Alemanno, 'Lobbyists for hire' undermines academic authority, June 18, 2017, *Times Higher Education*.

Etats-Unis

le 11 janvier 2017

Obama, la justice pénale et la revue

Idris Fassassi

**Maître de conférences,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Faculté de droit de Harvard, Cambridge

© Daderot GFDL, CC-BY-SA-3.0 ou CC BY-SA 2.5-2.0-1.0

blog.juspoliticum.com

Le dernier numéro de la *Harvard Law Review* publié le 5 janvier, est quelque peu particulier. La raison tient à ce qu'il contient un article¹ long de cinquante-six pages, portant sur la réforme de la justice pénale et dont l'auteur n'est autre que l'actuel Président des Etats-Unis, Barack Obama. Dans cet article, rédigé dans un langage accessible mais fort de trois cent dix-sept notes de bas de page, le Président met en exergue ses réformes en matière pénale, comme pour mieux les ancrer dans la postérité au moment où celles-ci semblent menacées.

C'est la première fois qu'un Président en exercice publie un article dans une revue juridique. Néanmoins, pour Barack Obama, il s'agit, à travers ces pages, d'un retour aux sources, d'un retour dans la Revue dont il fut le Président lors de ses études à la faculté de droit de Harvard au début des années 1990. On ne peut manquer de noter la symbolique à l'œuvre, d'une Présidence à une autre, de celle qui l'a mis en lumière il y a vingt-sept ans de cela, lorsqu'il devint le premier Président noir de cette revue prestigieuse, à celle qu'il s'apprête à quitter dans quelques jours.

L'article, intitulé « Le rôle du Président dans la mise en œuvre de la réforme de la justice pénale », est le premier article publié par Barack Obama dans une revue juridique. Cela a de quoi surprendre dans la mesure où,

on le sait, l'intéressé a été professeur associé (*senior lecturer*) de droit constitutionnel pendant douze ans à l'Université de Chicago. La raison de ce « silence » tient sans doute à ce qu'il n'était pas intéressé par une carrière académique, ou plutôt qu'il entendait privilégier la carrière politique qu'il menait de front, preuve en est le fait qu'il ait refusé les offres de l'Université de Chicago pour un poste de professeur titulaire.

L'article s'articule autour de quatre parties. La première dresse le bilan d'un système pénal en proie à de nombreux dysfonctionnements. Avec plus de deux millions de détenus, la population carcérale américaine est la plus élevée au monde en nombre absolu, mais également relativement au nombre d'habitants. Le Président critique les effets des politiques pénales mises en place dans les années 80 et 90 qui ont conduit à une incarcération massive et dénonce à la fois le coût économique engendré, et les biais des discriminations raciales dans le prononcé et l'application des peines.

La deuxième partie de l'article met en exergue les moyens mis en œuvre durant son mandat pour remédier à ces défauts structurels au niveau fédéral, qu'il s'agisse des réformes législatives qu'il a soutenues, des changements de politique mis en œuvre en matière de poursuite pénale, ou encore de

l'usage du droit de grâce et de commutation des peines. Barack Obama a en effet usé de cette prérogative que lui confère la Constitution à plus de mille reprises, soit plus que l'ensemble de ses onze derniers prédécesseurs. Dans un exercice particulier, l'auteur loue ici les mérites de son action.

La troisième partie s'inscrit dans cette lignée, en se concentrant cette fois-ci sur les réformes au niveau étatique et local, soutenues et défendues par le Président. Il revient sur les événements de Ferguson et la question brûlante des violences policières. Après avoir souligné que les policiers sont les « héros de nos communautés », le Président rappelle les événements tragiques durant sa Présidence qui ont mis en lumière les ruptures du lien de confiance entre les forces de l'ordre et la population dans différents endroits. Il expose alors les solutions proposées permettant la restauration de ce lien de confiance.

Enfin, dans une quatrième partie, Barack Obama souligne les réformes qu'il reste à mener, de l'adoption de lois réduisant les inégalités dans le prononcé des peines, aux mesures de bon sens permettant la réduction des violences commises par armes à feu, en passant par la protection du droit de vote des individus condamnés.

L'article est intéressant car il est un exercice de style particulier, à un moment non

moins particulier. Ces singularités prennent d'ailleurs le pas sur la valeur scientifique ou doctrinale de l'article à proprement parler. On a là un ancien universitaire qui écrit aujourd'hui en tant que Président au sujet du rôle et des compétences du Président, au moment même où il quitte le pouvoir. Il y a là, indéniablement, la volonté d'appuyer par la plume ce qu'a été son action, et de faire savoir, pour celui qui a été si souvent accusé de ne pas savoir vendre ses réalisations, quelles ont été les grands moments de son mandat en matière de justice pénale. Ceci soulève d'ailleurs une question liée au public visé par cet article, dans la mesure où celui-ci s'inscrit dans une stratégie de communication. Le lectorat de la *Harvard Law Review*, aussi prestigieuse soit cette revue, demeure restreint et l'article risque ainsi de n'atteindre qu'un public limité, une partie de la communauté des juristes, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement celui qui était le moins informé à la fois des enjeux et des actions du Président. Sans doute, cette communication, qui a d'ailleurs été sollicitée par les éditeurs de la Revue eux-mêmes, doit elle se comprendre dans l'effort tout azimut de description et de narration de ce qu'a été sa Présidence, entrepris par Barack Obama ces dernières semaines.

Enfin, si on peut s'interroger sur le point de savoir si ou plutôt dans quelle mesure ce long article est le fruit d'une rédaction collective, on retrouve toutefois un ton

particulier – « la manière dont nous traitons les citoyens ayant commis des erreurs, même graves, révèle notre nature et notre attachement à nos principes fondateurs » – et une note d’optimisme caractéristique en conclusion – « *we are moving in the right direction* » – alors même que son successeur à la Maison Blanche s’est dit déterminé à faire machine arrière sur l’ensemble de ses réalisations, y compris en matière de justice pénale.

¹ <https://harvardlawreview.org/2017/01/the-presidents-role-in-advancing-criminal-justice-reform/>

le 13 janvier 2017

Scandale de la NSA : le droit d'enquête parlementaire victime de la politique étrangère allemande

**(Décision de la Cour constitutionnelle
allemande, 13 octobre 2016, n° 2 BvE 2/15)**

Matthieu Bertozzo

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour constitutionnelle, Berlin

© Tobias Helfrich GFDL ou CC-BY-SA-3.0

blog.juspoliticum.com

La décision de la Cour constitutionnelle allemande du 13 octobre 2016 démontre bien que l'ancien employé de la NSA, Edward Snowden, n'a décidément pas fini de faire parler de lui. Ses révélations à l'été 2013 ont permis de mettre au jour la collusion des services de renseignement de plusieurs pays, notamment anglophones, engagés depuis des années dans la surveillance de masse. Celle-ci s'exerce par-delà les frontières sur des populations entières faisant l'objet d'écoutes systématiques via les différents canaux que sont le téléphone ou encore internet. Or, l'utilisation accrue de ces nouvelles technologies associée à la lutte contre le terrorisme menée aujourd'hui par les Etats interroge quant à une éventuelle pérennisation de la surveillance globale au détriment même de certaines libertés. Il suffit d'observer les différentes législations nationales au sein de l'Union européenne pour s'en convaincre.

Aussi, en Allemagne, la formation d'une commission d'enquête parlementaire (*Untersuchungsausschuss*) instituée à la demande d'une fraction de *Die Linke et Bündnis 90/Die Grünen* en application de l'article 44 de la Loi fondamentale fut particulièrement frappante. Il en résulta une mise en cause du service fédéral de renseignement (*Bundesnachrichtendienst*) pour les activités déployées depuis 2005 sur

l'ensemble du territoire par la NSA. Tous deux avaient en effet entrepris une étroite coopération relative au trafic international des communications vers les régions en crise. Elle a donné lieu à la signature d'un accord de confidentialité international dit « *Joint SIGINT Activity* » complété récemment (août 2016) par un mémorandum sur les modalités de la coopération. L'accord prévoyait notamment que l'Allemagne et les Etats-Unis s'échangeraient plusieurs listes de données – appelées sélecteurs (*Selektoren*) – dont la consultation avait d'ailleurs été établie sur la base de critères définis par la NSA. Manifestement, celle-ci ne respecta pas ses propres critères et opéra à l'insu des services allemands la surveillance de certaines personnalités répertoriées dans ces fameux « sélecteurs ». Bien des gouvernements de l'Union européenne, à l'exemple du ministre de l'Intérieur français, furent concernés. Une enquête en interne diligentée par le *Bundesnachrichtendienst* n'a fait que confirmer ces allégations. Il revenait désormais à la commission d'enquête parlementaire de clarifier la nature des rapports noués entre l'exécutif allemand et les autorités états-uniennes.

Cette dernière avait sollicité l'accès aux sélecteurs auprès du ministère fédéral de l'Intérieur qui opposa en juin 2014 une fin de non-recevoir au motif qu'il ne pouvait les

transmettre sans nuire à sa politique étrangère. A compter de juillet 2014, la Chancellerie a néanmoins procédé à plusieurs auditions afin de ne pas entraver le contrôle amorcé par le *Bundestag*. C'est ainsi que les Etats parties à l'alliance anglo-américaine des services de renseignement – premier réseau historique de surveillance globale – ont été informés des demandes formulées par les membres de la commission d'enquête parlementaire. Ces Etats – plus précisément l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et les Etats-Unis – surnommés aussi les « *Fives Eyes* » ont majoritairement déferé à l'invitation de la commission allemande ; à l'exception toutefois des Etats-Unis. En avril 2015, les demandes émanant du *Bundestag* ayant été réitérées, l'exécutif allemand a finalement consenti à transmettre les documents sur lesquels le gouvernement américain n'avait pas entendu céder. Il avait, en revanche, soigneusement noirci les parties les plus sensibles – et par conséquent, celles dont les parlementaires allemands exigeaient justement la divulgation – afin de ménager le bon déroulement des relations internationales de l'Allemagne.

Le 16 septembre 2015, *Die Linke et Bündnis 90/Die Grünen* ont donc engagé une procédure de conflit entre organes (*Organstreitverfahren*) qui permet de s'adresser directement au juge constitutionnel

à l'occasion de litiges relatifs à l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême (art. 93 al. 1 GG) en invoquant plusieurs violations de la Loi fondamentale par le pouvoir exécutif. D'abord, le refus essuyé par les parlementaires ne serait couvert par aucune disposition de nature constitutionnelle puisque l'accord de confidentialité ne répondait pas selon eux aux critères du traité international. Et quand bien même il le serait, son rang dans la hiérarchie des normes ne permettait pas d'exclure les droits de contrôle et d'information détenus par le *Bundestag*. Par ailleurs, les requérants avançaient l'idée selon laquelle le bien-être de l'Etat (*Staatswohl*) ne saurait passer avant les droits que la Loi fondamentale reconnaît au Parlement. Enfin, la surveillance exercée par les services secrets américains à l'insu des autorités allemandes aurait méconnu les droits fondamentaux des citoyens allemands et européens.

Cependant, les juges constitutionnels ont décidé de rejeter la requête au fond car, si la mise à disposition des documents (*Aktenvorlage*) est au cœur du droit d'enquête (*Untersuchungsrecht*), le droit de récolter des preuves (*Beweiserhebungsrecht*) connaît des limites au sein même de la Constitution. A ce titre, la Cour de Karlsruhe fait remarquer que les obligations résultant des relations internationales qui, en tant que telles, n'ont pas de rang constitutionnel, ne peuvent justifier

une atteinte directe au droit du Parlement. Elle considère néanmoins ici que l'intérêt du Gouvernement allemand au maintien du secret (*Geheimhaltungsinteresse*) faisait obstacle à la demande de la commission d'enquête et devait l'emporter sur l'intérêt du Parlement à être informé (*Informationsinteresse*). La connaissance des « sélecteurs » n'était pas nécessaire pour assurer un contrôle véritable sur l'action gouvernementale ; pas plus d'ailleurs qu'elle ne permettait au Parlement de revendiquer une priorité sur la prospérité de l'Etat.

Cette décision n'a pas fait l'unanimité. Pour se positionner juridiquement, le meilleur angle d'analyse est encore celui de la procédure. A ce titre, il était surtout question du droit des minorités (parlementaires), sujet auquel on sait les juristes allemands – notamment pour des raisons historiques – très attachés. Mais cela n'exclut évidemment pas les considérations de fond que sont les libertés fondamentales ou encore l'équilibre des pouvoirs. Politiquement en revanche, les principaux intéressés en ont appelé à l'Etat de droit (*Rechtsstaat*) pour critiquer cette décision et envisager ses suites. Un dénominateur commun aux deux analyses demeure malgré tout : le fonctionnement démocratique des institutions.

Le gouvernement allemand a déjà lancé une réforme pour renforcer le contrôle

exercé sur le *Bundesnachrichtendienst*. En contrepartie, les pouvoirs de ce dernier en matière d'interception seront accrus afin de prévenir plus efficacement les actes terroristes ; ce que certains regrettent déjà. On le voit, les difficultés rencontrées par les juges sont manifestes puisque ce sont désormais les mêmes qui mettent les politiques au défi. Cela n'exonère pas pour autant la Cour car, savamment déguisée sous le masque de la balance des intérêts qu'elle a opérée, c'est la raison d'Etat sous sa forme constitutionnelle qui, vraisemblablement, a fini par l'emporter et sur le droit à l'information parlementaire et sur l'Etat de droit.

le 6 février 2017

« Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis » : présentation et traduction de l'executive order du 27 janvier 2017

Mathilde Laporte et Maud Michaut

**Doctorantes,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Maison-Blanche, Washington

« **D**e la malveillance trempée d'incompétence »¹ : ainsi a-t-on décrit l'*executive order*, signé le 27 janvier dernier par le nouveau Président des États-Unis, Donald J. Trump². Le jugement est sévère, mais il est difficile de ne pas y souscrire. Invoquant la lutte contre le terrorisme, l'acte, dont on ignore encore largement la portée, interdit à certaines catégories d'étrangers l'entrée sur le territoire américain. La manière dont il a été rédigé puis appliqué révèle un exercice impulsif et unilatéral du pouvoir. Elle interroge également les limites tant institutionnelles que juridiques susceptibles d'être opposées à la discrétion présidentielle.

L'*executive order* du 27 janvier dernier est en réalité le troisième décret présidentiel visant à définir les grandes lignes de la nouvelle politique américaine en matière d'immigration. Le 25 janvier étaient signés les deux premiers décrets qui, parmi d'autres mesures, prévoyaient la construction d'un mur à la frontière des États-Unis et du Mexique, annonçaient le retrait des financements jusqu'à présent accordés aux villes sanctuaires et procédaient à une réévaluation des priorités en matière d'expulsion du territoire³. À la différence de la politique de Barack Obama, qui recommandait à son administration de ne pas expulser les étrangers en situation irrégulière pourvu qu'ils eussent résidé sur le

territoire américain depuis plusieurs années, le Président Donald J. Trump a décidé dans ses décrets que doit être renvoyé dans son pays d'origine tout ressortissant étranger qui aurait « commis des actes constitutifs d'une infraction criminelle susceptible de faire l'objet de poursuites »⁴. Il est désormais indifférent que la personne ait été inculpée et condamnée pour les actes commis. Il faut noter par ailleurs que l'« infraction criminelle » est constituée par n'importe quelle violation du droit, si bien que toute personne entrée illégalement sur le territoire américain risque l'expulsion. Le troisième *executive order* du 27 janvier, intitulé « Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis » est cependant le seul des trois à avoir bénéficié à ce jour d'un commencement d'exécution. C'est lui que cet article vise à présenter.

I. Présentation du décret présidentiel

L'*executive order* retire à certaines catégories d'étrangers la possibilité même d'entrer sur le territoire américain. Il vise tout particulièrement les réfugiés puisque, parmi diverses mesures, il met en place un moratoire de cent-vingt jours sur l'accueil des réfugiés, quel que soit leur pays d'origine (section 5 (a)), il diminue de moitié le nombre total de réfugiés admis (section 5 (d)) et il suspend indéfiniment l'accueil de réfugiés syriens (section 5 (c)). Néanmoins la disposition

aujourd'hui la plus contestée devant les juges fédéraux ne concerne pas exclusivement les réfugiés, mais l'ensemble des citoyens de sept États – l'Iran, l'Iraq, la Libye, la Somalie, le Soudan, la Syrie et le Yémen – dont l'entrée sur le territoire américain est suspendue pendant au moins quatre-vingt-dix jours (section 3 (c)).

Il n'existe pas aux États-Unis de pouvoir réglementaire autonome. Le Président ne peut donc exercer de pouvoir normatif que sur délégation du Congrès ou en vertu de ses pouvoirs constitutionnels propres. L'*executive order* qui nous intéresse ici se fonde principalement sur la loi sur l'Immigration et la Nationalité de 1952, et plus précisément sur son article aujourd'hui codifié au paragraphe 1182 du titre 8 du Code des États-Unis qui dispose que :

« [c]haque fois que le Président estime que l'entrée d'un étranger ou d'une catégorie d'étrangers aux États-Unis serait préjudiciable aux intérêts des États-Unis, il peut, par proclamation, et pour la période qu'il jugera nécessaire, suspendre l'entrée de tout étranger ou catégorie d'étrangers qu'ils soient immigrants ou non-immigrants, ou imposer à l'entrée des étrangers toute restriction qu'il jugera appropriée »⁵.

La discrétion présidentielle est ici particulièrement importante. Elle est

reconnue par la loi et se voit renforcée par la nature même de la question et les éventuels pouvoirs inhérents du Président dans ce domaine. L'existence de pouvoirs inhérents au Président des États-Unis est depuis longtemps revendiquée par les présidents américains, en particulier dans les domaines des affaires étrangères, de la sécurité nationale et, d'une manière générale, dans les situations d'urgence. Il résulte de ces différents éléments que le fondement juridique de l'*executive order* paraît difficilement contestable : le Président dispose, en droit comme en fait, d'une liberté d'appréciation indéniable en matière de politique d'immigration.

Le processus de rédaction du texte a cependant été pour le moins atypique. D'ordinaire, il est procédé par la Maison Blanche à un certain nombre de consultations, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'administration. L'objectif est à la fois de s'assurer de la légalité du texte et de prévenir les difficultés susceptibles de se poser après sa signature, ainsi que de vérifier la faisabilité de son application. En dérogation à cette procédure habituelle, l'*executive order* aurait été rédigé par un petit nombre de personnes, dirigées par Stephen K. Bannon, chef de la stratégie de la Maison blanche, sans que soient consultées les agences administratives concernées⁶. Ainsi, James N. Mattis, le Secrétaire à la Défense dont la nomination a été confirmée par le Sénat le 20 janvier dernier,

n'aurait pu lire le texte que quelques heures avant sa signature. Quant à John F. Kelly, le nouveau Secrétaire à la Sécurité Intérieure, il n'en prenait connaissance qu'au moment même où le décret était signé par le Président⁷. Il n'est pas non plus certain que le bureau juridique et le Conseil de Sécurité Nationale aient été sollicités⁸. Cette méconnaissance de la manière habituelle de procéder, sans entacher l'acte d'une quelconque illégalité, semble cependant traduire un exercice peu réfléchi de la discrétion présidentielle, ainsi qu'une volonté presque obstinée d'ignorer les garde-fous, politiques, administratifs et juridiques, susceptibles de prévenir les abus du pouvoir. Ces circonstances expliquent aussi, en partie, la confusion qui a résulté de l'application du décret par l'administration.

D'ordinaire, l'agence chargée d'appliquer un décret présidentiel publie son interprétation du texte afin d'expliquer comment elle envisage de le mettre en œuvre. Elle le fait le plus souvent sous la forme de « *guidances* », c'est-à-dire d'interprétations générales qui ne lient cependant pas l'administration et ne sont pas juridiquement contraignantes. Tant que cela n'a pas été fait, la portée exacte de l'acte n'est le plus souvent pas connue. Dans le cas qui nous intéresse, l'administration des douanes ne s'est vu remettre aucune instruction interprétant le texte ou guidant

sa mise en œuvre, malgré l'imprécision et le caractère ambigu des mesures prévues par le décret. L'une des difficultés porte sur l'application de la section 3 (c) aux individus détenteurs d'une double-nationalité, dont celle d'un des États « bannis », ou aux des ressortissants de ces États bénéficiant du statut de résident permanent aux États-Unis. Il a fallu attendre le dimanche 29 janvier pour que le Département à la Sécurité intérieure précise dans une note⁹ ainsi que sur son site internet¹⁰, et après plusieurs déclarations contradictoires sur la question, que l'entrée des résidents permanents sur le territoire américain serait autorisée au cas par cas. Au contraire, il semblerait que les ressortissants de ces sept États qui ne sont pas des résidents permanents se verraient refuser l'entrée, alors même qu'ils détiendraient un visa valide. Au vendredi 3 février 2017, selon les plus faibles estimations, près de 60 000 visas auraient ainsi été révoqués en application de l'*executive order*¹¹.

II. Traduction partielle du décret présidentiel

[*Note des traductrices* : cette traduction partielle de l'*executive order* du Président Donald J. Trump n'est pas une traduction officielle, mais une aide à la lecture à destination d'un public francophone.]

Décret présidentiel : Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis

En vertu de l'autorité qui m'est conférée en tant que Président par la Constitution et les lois des États-Unis d'Amérique, y compris la loi sur l'Immigration et la Nationalité, 8 U.S.C. 1101 et suivantes, et la section 301 du titre 3 du Code des États-Unis, et dans le but de protéger le peuple américain des attaques terroristes conduites par des nationaux étrangers admis aux États-Unis, il est ordonné comme suit :

Section 1 : Objectif

Le processus de délivrance des visas joue un rôle crucial pour détecter les individus avec des liens terroristes et les empêcher d'entrer aux États-Unis. Il n'y a peut-être pas d'exemple plus frappant que celui des attaques terroristes du 11 septembre 2001, quand la politique suivie par le Département d'État a empêché les agents consulaires d'examiner correctement les demandes de visa de plusieurs des 19 nationaux étrangers qui allaient assassiner pratiquement 3 000 Américains. Et, alors que le processus de délivrance des visas a été revu et modifié après les attaques du 11 septembre afin de mieux détecter les aspirants terroristes et les empêcher d'obtenir des visas, ces mesures n'ont pas mis fin aux attaques perpétrées par

des nationaux étrangers qui étaient admis aux États-Unis.

De nombreux individus nés à l'étranger ont été condamnés ou impliqués dans des crimes liés au terrorisme depuis le 11 septembre 2001, y compris des nationaux étrangers qui sont entrés aux États-Unis après avoir reçu des visas « visiteur », « étudiant » ou « travail » ou qui sont entrés par l'intermédiaire du programme américain de relocalisation des réfugiés. La détérioration des conditions de vie dans certains pays en raison de guerres, de conflits, de catastrophes naturelles et de troubles civils accroît la probabilité que les terroristes utiliseront tous les moyens possibles pour entrer aux États-Unis. Les États-Unis doivent être vigilants au cours du processus de délivrance des visas pour s'assurer que ceux dont l'admission sur le territoire a été approuvée n'ont pas l'intention de nuire aux Américains et qu'ils n'ont pas de lien avec le terrorisme.

Pour protéger les Américains, les États-Unis doivent s'assurer que ceux admis dans le pays ne lui sont pas hostiles, à lui et à ses principes fondateurs. Les États-Unis ne peuvent pas et ne doivent pas accepter ceux qui ne sont pas favorables à la Constitution ou ceux qui placeraient des idéologies violentes au-dessus du droit américain. De plus, les États-Unis ne devraient pas admettre ceux qui

commettent des actes motivés par l'intolérance ou la haine (y compris les meurtres d'honneur, d'autres formes de violence contre les femmes, ou la persécution de ceux qui pratiquent des religions différentes de la leur) ou ceux qui opprimeraient les Américains, quels que soient la race, le sexe ou l'orientation sexuelle de ces derniers.

Section 2 : Politique

Il est de la politique des États-Unis de protéger ses citoyens contre les nationaux étrangers qui ont l'intention de commettre des attaques terroristes aux États-Unis, et d'empêcher l'admission des nationaux étrangers qui ont l'intention d'utiliser dans un but malveillant les lois des États-Unis sur l'immigration.

Section 3 : Suspension de la délivrance des visas et des autres prestations en matière d'immigration pour les nationaux des États particulièrement préoccupants

(a) Le Secrétaire à la Sécurité Intérieure, en consultation avec le Secrétaire d'État et le Directeur du Renseignement National, conduira immédiatement une étude pour déterminer quelles seront les informations exigées de tout pays pour statuer sur le visa, l'admission ou toute autre prestation en vertu

de la [loi sur l'Immigration et la Nationalité], afin d'établir que l'individu sollicitant la prestation est bien l'individu qu'il prétend être et qu'il ne constitue pas une menace à la sûreté ou la sécurité publique.

(b) Le Secrétaire à la Sécurité Intérieure, en consultation avec le Secrétaire d'État et le Directeur du Renseignement National, soumettront au Président un rapport sur les résultats de cette étude décrite dans la sous-section (a) de cette section, rapport qui inclura la détermination par le Secrétaire à la Sécurité Intérieure des informations requises pour statuer sur les demandes et d'une liste des pays qui ne fournissent pas convenablement les informations, et ce dans un délai de 30 jours à compter de cet décret. [...]

(c) Pour réduire temporairement la charge d'investigation pesant sur les agences compétentes durant la période de contrôle décrite dans la sous-section (a), pour s'assurer d'un contrôle adapté et de l'utilisation maximale des ressources disponibles pour la sélection des nationaux étrangers, et pour s'assurer que des standards adéquats sont établis pour empêcher l'infiltration de terroristes et criminels étrangers [...], je proclame par le présent acte que l'entrée aux États-Unis d'étrangers immigrants et non-immigrants provenant des pays mentionnés dans la section 217 (a) (12) de [la loi sur

[Immigration et la Nationalité], 8 U.S.C. 1187 (a) (12) [*Iran, Iraq, Libye, Somalie, Soudan, Syrie et Yémen, N.D.T.*] serait préjudiciable aux intérêts des États-Unis, et je suspends ainsi par le présent acte l'entrée aux États-Unis de ces individus, qu'ils soient immigrants ou non-immigrants, pendant 90 jours à compter de la date de ce décret (à l'exclusion des nationaux étrangers voyageant avec des visas diplomatiques, les visas de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, les visas C-2 pour se rendre aux Nations Unies, et les visas G-1, G-2, G-3, et G-4).

(d) Dès la réception du rapport prévu à la sous-section (b) de cette section concernant les informations nécessaires pour statuer sur les demandes, le Secrétaire d'État devra exiger de tous les gouvernements étrangers qui ne fournissent pas ces informations de lui fournir ces informations au sujet de leurs nationaux dans un délai de 60 jours à compter de la notification de la requête.

(e) Après expiration de cette période de 60 jours décrite dans la sous-section (d) de cette section, le Secrétaire à la Sécurité Intérieure, en consultation avec le Secrétaire d'État, devra soumettre au Président une liste des pays qu'il pense devoir figurer sur une proclamation présidentielle qui interdirait l'entrée des nationaux étrangers de ces pays (à l'exclusion des nationaux étrangers voyageant avec des visas diplomatiques, les visas de l'Organisation

du Traité de l'Atlantique Nord, les visas C-2 pour se rendre aux Nations Unies, et les visas G-1, G-2, G-3, et G-4) qui ne fournissent pas les informations requises conformément à la sous-section (d) de cette section, et ce jusqu'à ce qu'ils se conforment à ces règles.

(f) À tout moment après la remise de cette liste décrite à la sous-section (e) de cette section, le Secrétaire d'État et le Secrétaire à la Sécurité Intérieure pourront soumettre au Président des noms de pays supplémentaires qu'ils recommandent de traiter de façon similaire.

(g) Malgré une suspension décidée conformément à la sous-section (c) de cette section ou à une proclamation présidentielle au sens de la sous-section (e) de cette section, les Secrétaires d'État et à la Sécurité Intérieure pourront, au cas par cas, et quand il en est de l'intérêt national, délivrer des visas ou d'autres prestations en matière d'immigration aux nationaux des pays pour lesquels les délivrances de visas et prestations ont sinon été arrêtées. [...]

Section 5. Ajustement du Programme Américain d'Admission des Réfugiés pour l'année fiscale 2017

(a) Le Secrétaire d'État suspendra le Programme Américain d'Admission des Réfugiés pendant 120 jours. Pendant

cette période de 120 jours, le Secrétaire d'État, conjointement avec le Secrétaire à la Sécurité Intérieure et avec le Directeur du Renseignement National, reverra le processus de demande et de traitement du Programme Américain d'Admission des Réfugiés pour déterminer quelles procédures supplémentaires devront être prises pour s'assurer que les individus dont l'admission en tant que réfugiés a été approuvée ne constituent pas une menace à la sécurité et au bien-être des États-Unis, et il pourra appliquer ces procédures supplémentaires. Les candidats au statut de réfugié qui sont déjà engagés dans le processus du Programme Américain d'Admission des Réfugiés, pourront être admis pourvu qu'ils commencent et suivent ces procédures révisées. À la fin du délai de 120 jours après l'adoption de ce décret, le Secrétaire d'État ne pourra reprendre les admissions dans le cadre du Programme Américain d'Admission des Réfugiés que pour les nationaux des pays pour lesquels le Secrétaire d'État, le Secrétaire à la Sécurité Intérieure et le Directeur du Renseignement National ont conjointement déterminé que ces procédures supplémentaires permettraient d'assurer convenablement la sécurité et le bien-être des États-Unis.

(b) Après reprise des admissions dans le cadre du Programme Américain d'Admission des Réfugiés, il est en outre

demandé au Secrétaire d'État, en consultation avec le Secrétaire à la Sécurité Intérieure, de procéder à des modifications, dans la mesure permise par le droit, afin de donner priorités aux demandes tendant à l'obtention du statut de réfugié faites par les individus menacés de persécutions liées à leur appartenance religieuse, sous réserve que l'individu appartienne à une minorité religieuse dans son pays de nationalité. Si cela s'avère nécessaire et adapté, les Secrétaires d'État et à la Sécurité Intérieure recommanderont au Président des lois qui pourraient aider à l'établissement d'un tel ordre de priorité.

(c) Conformément à la section 212 (f) de [la loi sur l'Immigration et la Nationalité], 8 U.S.C. 1182 (f), je déclare par le présent acte que l'entrée des nationaux de Syrie comme réfugiés est préjudiciable aux intérêts des États-Unis et suspends ainsi de telles entrées jusqu'à ce que j'estime que des changements suffisants ont été apportés au [Programme Américain d'Admission des Réfugiés] pour garantir que l'admission de réfugiés syriens est conforme à l'intérêt national.

(d) Conformément à la section 212 (f) de de [la loi sur l'Immigration et la Nationalité], 8 U.S.C. 1182 (f), je proclame que l'entrée de plus de 50 000 réfugiés au cours de l'année fiscale 2017 serait préjudiciable aux intérêts des États-Unis, et suspends ainsi

de telles entrées jusqu'à ce que j'estime que des admissions supplémentaires sont dans l'intérêt national.

(e) Nonobstant la suspension temporaire imposée conformément à la sous-section (a) de cette section, les Secrétaires d'État et à la Sécurité Intérieure peuvent conjointement décider, à leur discrétion, d'admettre au cas par cas aux États-Unis des individus comme réfugiés, mais seulement aussi longtemps qu'ils estiment que l'admission de ces individus en tant que réfugiés est dans l'intérêt national – y compris lorsque la personne appartient à une minorité religieuse dans son pays de nationalité et fait face à des persécutions religieuses, lorsque l'admission de la personne permettrait aux États-Unis de se conformer à un accord international préexistant, ou lorsque la personne est déjà en transit et que lui refuser l'admission lui causerait des difficultés excessives – et que cela ne poserait pas de risque pour la sécurité ou le bien-être des États-Unis. [...]

Donald J. Trump

¹ B. Wittes, « Malevolence Tempered by Incompetence: Trump's Horrifying Executive Order on Refugees and Visas », *Lawfare Blog*, 28 janvier 2017, <https://lawfareblog.com/malevolence-tempered-incompetence-trumps-horrifying-executive-order-refugees-and-visas>.

² Executive Order, « Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States », 27 janvier 2017.

³ Executive Orders, « Enhancing Public Safety in the Interior of the United States » et « Border Security and

Immigration Enforcement Improvements », 25 janvier 2017.

⁴ « *have committed acts that constitute a chargeable criminal offense* » (Executive Order, « Enhancing Public Safety in the Interior of the United States », 25 janvier 2017, section 5 (c)).

⁵ « *Whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States, he may by proclamation, and for such period as he shall deem necessary, suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or nonimmigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate* » (8 U.S.C. 1182).

⁶ M. D. Shear, Ron Nixon, « How Trump's Rush to Enact an Immigration Ban Enleashed Global Chaos », *New York Times*, 29 janvier 2017, https://www.nytimes.com/2017/01/29/us/politics/donald-trump-rush-immigration-order-chaos.html?_r=0.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ Department of Homeland Security, « DHS Statements on the Entry of Lawful Permanent Residents and Compliance with Court Orders and Executive Orders », 28 janvier 2017.

¹⁰ <https://www.dhs.gov/news/2017/01/29/protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>.

¹¹ N. Kulish, C. Dickerson, C. Savage, « Dueling Court Rulings on Immigration Ban Add to Visa Chaos », *New York Times*, 3 février 2017, <https://www.nytimes.com/2017/02/03/us/visa-ban-legal-challenge.html>.

le 7 février 2017

Une crise constitutionnelle américaine ?

Quentin Epron

**Maître de conférences,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour suprême, Washington D. C.

© David Maiolo CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

La crise ouverte par le décret du président Trump sur l'immigration est, en puissance, une crise constitutionnelle. Elle ne l'est pas encore – elle ne le sera peut-être pas – mais elle pourrait le devenir.

Elle ne l'est pas encore, malgré la révocation de l'*Acting Attorney General* Sally Yates. Celle-ci est sans doute critiquable et va contre des usages généralement respectés mais elle est aussi une bonne illustration de l'Exécutif unitaire. Dès les premières années de la République américaine s'est imposée l'idée selon laquelle le Président exerce un pouvoir hiérarchique sur l'ensemble de l'administration dont il a la charge, et notamment sur le procureur général des Etats-Unis (cf. Steven G. Calabresi et Christopher S. Yoo, *The Unitary Executive. Presidential Power from Washington to Bush*, Yale UP, New Haven & London, 2008, p.47 et s.).

Elle pourrait cependant le devenir. Le décret présidentiel est, pour le moment, écarté par un certain nombre de cours : le cas est saillant par sa portée politique mais juridiquement assez classique. Ce qui pourrait changer la nature de ce conflit, c'est une décision de la Cour suprême. Les raisons de douter de la constitutionnalité du décret ne manquent pas : la clause du *due process* du 5^{ème} amendement, comme celle du 1^{er} amendement,

prohibant l'établissement d'une religion, sont souvent citées. Il n'est certes pas évident que la Cour suprême se saisisse de la question et il n'est pas évident non plus que, si elle devait le faire, ce soit dans un bref délai. Si c'était le cas, elle pourrait évidemment écarter le décret en raison de son inconstitutionnalité. Le conflit politique pourrait alors se transformer en crise constitutionnelle, à la condition que l'administration Trump décide de résister à la décision de la Cour, en continuant de soutenir le décret. La vieille théorie départementaliste qui veut que le Président est un interprète authentique de la Constitution de même niveau et de même importance que la Cour, pourrait servir de fondement à une telle analyse, et mènerait ainsi à un conflit ouvert entre la présidence et la Cour suprême.

Un tel scénario n'est pas le plus probable – mais les prédictions sont toujours périlleuses. La perspective et la crainte d'une telle crise se ressentent parfois dans les commentaires que l'on peut lire dans la presse américaine. Il est vrai que l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis est riche d'épisodes marquants qui ont vu des présidents affronter la Cour suprême, au nom de leur propre interprétation de la Constitution. Ce fut le cas de Jefferson, de Jackson, de Lincoln, de Franklin Roosevelt et de Reagan. Faudra-t-il ajouter, à cette liste prestigieuse, le nom de Donald Trump ? Le coût politique

d'une telle aventure pourrait légitimement le faire reculer, la fragile popularité dont il bénéficie ne constituant guère une assise solide. Le choix de Neil Gorsuch pour la Cour suprême, qui doit maintenant être ratifié par le Sénat, semble d'ailleurs plutôt contredire une telle hypothèse : la personnalité de celui qui devrait succéder au juge Scalia est certes conforme aux conceptions philosophiques et politiques de son prédécesseur, mais elle est aussi susceptible de créer un certain consensus. La polarisation qui est le ressort profond de la stratégie politique de Donald Trump semble ainsi s'arrêter, ou du moins s'affaiblir, aux portes de la Cour.

Donald Trump aime à se revendiquer d'Andrew Jackson – dont il a fait installer fièrement le portrait dans son bureau de la Maison blanche - mais il est possible que sa présidence soit, en définitive, plus proche de celle d'Andrew Johnson. Le sort de la présidence Trump dépend largement de ses relations avec le Congrès. Or, depuis son élection – et même, en réalité, depuis la campagne des primaires qu'il a menée –, Donald Trump entretient des relations difficiles avec le parti républicain. La dénonciation de l'establishment est un thème qui, d'un point de vue électoral, peut s'avérer fructueux mais il est plus difficile de gouverner sur une telle prémisse. Au lendemain de son élection, le *President-elect* s'est lancé dans une opération,

largement médiatisée, de réconciliation avec son parti. Le succès de cette tentative n'a cependant été que relatif : le débat autour du rôle de la Russie dans la campagne électorale, et quelques autres déclarations, ont dressé une fraction du parti républicain contre le nouvel élu. Mais c'est peut-être Donald Trump lui-même, finalement, qui a été le principal obstacle à cette réconciliation. Il y a là sans doute un effet pervers de la polarisation qui fut le nerf de sa campagne : elle dresse le parti républicain contre le parti démocrate et tout autant le parti républicain contre lui-même.

Dans un tel contexte, il ne sera pas aisé pour Donald Trump de créer le leadership dont il a besoin ; c'est d'ores et déjà l'enjeu principal de sa présidence. L'indétermination de la fonction présidentielle aux Etats-Unis est largement sous-estimée par les commentateurs français. La présidence de Barack Obama n'a pourtant pas été, de ce point de vue, un succès sans nuances : faut-il rappeler que, sur les huit années de son administration, M. Obama n'a bénéficié d'une majorité au Congrès que pendant deux ans ? La question se posera à l'administration Trump et, d'une certaine manière, elle se pose déjà. Le risque principal qui menace la présidence Trump, aussi paradoxal cela puisse paraître, c'est d'être une présidence « faible ». La Constitution américaine est conçue de telle manière qu'un président ne peut pas

gouverner seul. Le président ne possède pas de droit de dissolution du Congrès et n'a pas d'initiative législative (même s'il peut formuler des recommandations) : la logique générale du régime est, de ce point de vue, aux antipodes de celle d'un régime parlementaire. La campagne présidentielle amène les candidats à présenter et à défendre leur programme ; l'élection permet la désignation du président. Mais une fois l'élection achevée, il reste au nouvel élu à trouver les moyens politiques de gouverner. La réussite d'une présidence repose sur sa capacité à créer ou à maintenir un leadership politique après l'élection. Si le président n'y parvient pas, notamment en raison de ses mauvaises relations avec le Congrès, il est cantonné dans une relative impuissance. Ce fut, dans une certaine mesure, le sort de Barack Obama ; ce pourrait être également celui de Donald Trump.

Au-delà de la question de sa conformité à la Constitution et de son destin juridictionnel, le décret sur l'immigration est significatif de l'incapacité de l'administration Trump à gouverner normalement. Cette incapacité est le problème politique majeur qui, à moyen terme, pourrait affaiblir durablement le président. S'il ne parvient pas à intégrer le mode de fonctionnement du gouvernement américain, il sera nécessairement isolé et faible. Il est certes peu probable qu'un *impeachment* soit jamais voté contre lui mais

la responsabilité politique qui lui échoit se manifestera bien avant. Une présidence sans leadership peut être bruyante, désordonnée, conflictuelle, mais c'est une présidence qui ne parvient pas à gouverner.

le 8 février 2017

« Protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis » : la contestation de l'executive order devant les cours

Mathilde Laporte et Maud Michaut

**Doctorantes,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour suprême, Washington D. C.

« La décision de ce soi-disant juge qui, fondamentalement, prive notre pays de l'application de [son] droit, est ridicule et sera renversée ! »¹. C'est par ce « *tweet* » à peine croyable au vu de la fonction constitutionnelle de son auteur, que le nouveau Président des États-Unis Donald J. Trump accueillait le 4 février dernier l'annonce de la décision de la cour de district de Seattle qui ordonnait qu'il fût sursis à l'exécution du décret sur l'immigration signé le 27 janvier. De manière évidente, la résistance médiatique du Président aux décisions des cours est problématique du point de vue du respect du principe de la séparation des pouvoirs. Car si le contentieux juridictionnel de l'*executive order* porte sur la question concrète de l'étendue des pouvoirs présidentiels propres et délégués en matière d'immigration, il met plus fondamentalement en jeu la manière dont le droit et l'institution judiciaire sont susceptibles de limiter le pouvoir discrétionnaire du Président des États-Unis.

I. Les procédures en cours.

Le samedi 28 janvier 2017, plusieurs centaines de personnes auxquelles avait été accordé le statut de réfugié ou qui étaient détentrices d'un visa se virent, à leur arrivée aux États-Unis, refuser l'entrée sur le territoire en application du nouvel *executive order*.

Alors même qu'elles étaient en possession de documents d'entrée valides et qu'il avait été jugé lors des divers contrôles, administratifs et de sécurité, qu'elles ne représentaient pas de menace pour les États-Unis, ces personnes furent retenues dans les différents aéroports du pays et menacées d'expulsion. Leur statut ou les menaces dont elles pouvaient faire l'objet dans leur pays d'origine ne furent pas pris en compte.

La douane américaine empêcha ainsi deux ressortissants irakiens de quitter l'aéroport international de New York – John F. Kennedy. Hameed Khalid Darweesh, auquel avait été accordé un visa « *Special Immigrant* » et Haider Sameer Abdulkhaleq Alshawi, qui avait été autorisé à rejoindre son épouse, elle-même entrée en tant que réfugié aux États-Unis et qui y était désormais un résident permanent, introduisirent les premiers recours contre le nouvel *executive order*². Ils contestaient en particulier leurs détentions à l'aéroport et demandaient à ce que l'administration renonçât à les expulser. Les requérants susvisés déposèrent une requête en *habeas corpus* ainsi qu'une demande de redressement déclaratoire et par voie d'injonction devant le juge fédéral, en l'occurrence la cour du district de New York, territorialement compétente. Parallèlement, ils demandaient au juge de reconnaître l'existence d'une « classe » constituée de

tous les individus qui, bien que détenteurs de documents d'entrée valides, s'étaient vu ou allaient se voir refuser l'entrée sur le territoire américain sur le fondement de l'*executive order*. De la constatation de l'existence d'une telle classe dépendait la recevabilité du recours collectif (« *class action* »)³. Les deux requérants introduisirent enfin un recours en urgence demandant qu'il fût sursis à leur expulsion tant qu'étaient pendantes leurs requêtes principales.

Le 28 janvier, en soirée, le juge de la cour de district, Ann M. Donnelly, statuant en urgence, interdit le renvoi des deux requérants en Irak et ordonna également qu'il fût sursis à l'expulsion de tous les individus dans une situation similaire aux deux requérants et ce, sur l'ensemble du territoire national⁴. En vertu de la jurisprudence, la première condition pour que soit octroyé un tel sursis est la forte probabilité du succès au fond du recours principal⁵ – en l'occurrence, la demande de redressement déclaratoire et par voie d'injonction. D'un point de vue juridique, ce recours qui, à la manière du référé-suspension du droit administratif français, ne se prononce pas expressément sur la validité du décret présidentiel, signifiait cependant que la cour de district estimait qu'il était très probable que le recours principal prospérât, c'est-à-dire que l'acte fût contraire à la Constitution des États-Unis ou à la loi. Quant à ses conséquences

concrètes, la décision interdisait que les personnes concernées fussent expulsées vers leur État d'origine. La portée pratique de la décision fut dans un premier temps limitée. D'une part, il semble que certains agents fédéraux aient tardé à exécuter le jugement, voire aient d'abord refusé de le faire⁶. D'autre part, le problème a été déplacé en amont, puisqu'il a été demandé aux compagnies aériennes de s'opposer à l'embarquement des personnes concernées par l'*executive order* dans les avions à destination des États-Unis, situation qui n'était effectivement pas couverte par le sursis à exécution ordonné par la cour de district.

Depuis le 28 janvier, de nombreux recours contre le décret ont été portés devant d'autres cours de district et il semble que la plupart aient abouti à des jugements défavorables à l'administration⁷. La seule exception à ce jour est la décision rendue le vendredi 3 février par la cour de district de Boston qui a refusé d'octroyer aux requérants la prolongation du jugement provisoire qui avait ordonné la suspension de l'exécution de l'acte jusqu'au dimanche 5 février⁸. En l'espèce, deux professeurs associés à l'Université du Massachusetts-Darmouth, Arghavan Louhghalam et Mazdak Pourabdollah Tootkaboni, ressortissants iraniens et résidents permanents aux États-Unis, avaient été détenus pendant plusieurs

heures à l'aéroport international de Boston, alors qu'ils revenaient aux États-Unis après avoir participé à un colloque à l'étranger. Ils avaient introduit un recours en urgence et, le dimanche 29 janvier, le juge avait prononcé l'interdiction temporaire de toute détention ou expulsion des requérants par l'administration⁹. Le recours en urgence n'était pas tout à fait le même que dans l'affaire de New York, mais les conditions posées à son succès étaient très similaires : là encore, la plus importante portait sur les chances qu'avait de prospérer au fond le recours porté contre l'*executive order*. Les deux requérants initiaux, auxquels se sont joints cinq autres citoyens iraniens, l'État du Massachusetts et l'Université du Massachusetts, ont alors demandé la prolongation de l'interdiction. Celle-ci leur a été refusée le 3 février par le juge de la cour de district qui a estimé que les requérants n'étaient pas parvenus à le convaincre de la validité au fond de leurs prétentions juridiques.

La décision dont il a le plus été question, notamment parce que le Président y a réagi depuis son compte *twitter*, est celle de la cour de district de Seattle qui a ordonné le vendredi 3 février qu'il fût sursis au niveau national à l'exécution de la plupart des sections de l'*executive order*¹⁰. L'originalité de ce recours tient d'abord à la qualité des requérants. En effet, les deux requérants ne sont pas des particuliers, mais deux États : ceux de

Washington et du Minnesota. Ils invoquaient les préjudices que le décret présidentiel leur causait dans les domaines de l'emploi, de l'éducation, du commerce, de la vie familiale et de la liberté de voyager. Comme dans les affaires précédentes, ils demandaient au juge de prononcer au principal un redressement déclaratoire et par voie d'injonction et de suspendre l'application du décret tant que cette requête était pendante. Ensuite, la décision est l'une des plus importantes en raison de sa portée : ce sont plusieurs des sections clés de l'*executive order* – les sections 3 (c), et 5 (a), (b), (c) et (e) – qui, par ordre du juge James L. Robart, ne peuvent plus pour le moment être appliquées aux États-Unis¹¹. En pratique, cela signifie la levée temporaire des interdictions prévues par l'*executive order* au sujet de l'entrée des non-immigrants, des immigrants et des réfugiés. L'Association du transport aérien international, qui représente 265 compagnies aériennes, aurait d'ailleurs confirmé que les restrictions à l'embarquement des ressortissants des États concernés par le décret présidentiel avaient été levées. L'administration s'est empressée d'interjeter appel de cette décision. Le samedi 4 février, la cour d'appel pour le Neuvième Circuit refusait d'ordonner la ré-application immédiate du décret tant qu'était pendante la requête en appel¹². Le mardi 7 février, il était annoncé que la décision en appel serait rendue publique dans les prochains jours¹³.

II. Les arguments en présence.

À ce jour, la question de la constitutionnalité et de la légalité de l'acte n'a donc pas encore été tranchée par le juge. Or, même si les décisions rendues sont dans l'ensemble plutôt défavorables à l'administration, il reste aujourd'hui difficile de prédire le sort final de l'*executive order* devant le juge américain. Dans les domaines de l'immigration, de la sécurité nationale ou de la politique étrangère, les cours s'opposent en effet très rarement aux mesures prises par le Congrès ou le Président. Au regard des circonstances, il n'est cependant pas certain qu'elles examineront l'*executive order* avec la déférence (*self-restraint*) dont elles font habituellement preuve en la matière. Plusieurs éléments « extra-juridiques » sont en effet susceptibles de les influencer : (1) la manière dont a été rédigé et appliqué le décret présidentiel est pour le moins contestable ; (2) le texte lui-même est particulièrement maladroit, voire ambigu ; (3) les « *tweets* » successifs du Président Donald J. Trump constituent des ingérences certaines dans le domaine réservé du juge et n'inciteront probablement pas ce dernier à l'indulgence ; (4) la mobilisation citoyenne a été considérable et l'acte condamné, sur le plan du droit comme de la morale, par une partie importante de l'opinion publique et des élites. Quoi qu'il en soit, au vu du départ de

l'*Attorney General*, Sally Q. Yates, limogée par le Président parce qu'elle déclarait renoncer à défendre le décret présidentiel devant les cours, il est presque certain qu'il sera fait appel des jugements futurs, par le gouvernement ou par les requérants. Il est également très probable que l'affaire parvienne jusqu'à la Cour suprême des États-Unis qui tranchera alors elle-même la question de la validité du décret présidentiel¹⁴.

En attente de la décision au fond, plusieurs arguments juridiques opposés à l'*executive order* furent d'ores et déjà soulevés. Ils remettent en cause tant sa constitutionnalité que sa conformité à la loi fédérale.

Au niveau constitutionnel, il est notamment affirmé que l'acte méconnaît le droit au « *due process* », à la fois procédural et substantiel, garanti à l'échelon fédéral par le Cinquième Amendement. Le caractère ambigu du texte, ainsi que la manière dont il été appliqué, constitueraient en eux-mêmes une violation de ce droit constitutionnel. Les défenseurs de l'acte répondent que l'obtention et la détention d'un visa ne relèvent pas de la « liberté » ou de la « propriété » que vise à protéger cette clause de la Constitution : un ressortissant étranger n'aurait par conséquent aucun droit au « *due process* » en ce qui concerne la manière dont est révoqué son visa.

L'argument le plus intéressant et le plus susceptible de prospérer, sur les terrains tant constitutionnel que statutaire, revient à avancer que l'*executive order* est constitutif d'une discrimination interdite tant par la Constitution américaine que par la loi fédérale. La loi sur l'Immigration et la Nationalité fut amendée en 1965 sous la présidence de Lyndon B. Johnson afin que soit introduite une clause prohibant les discriminations¹⁵. Cette même loi, qui fonde le pouvoir discrétionnaire du Président en matière de réglementation de l'immigration, prévoit désormais qu'

« [a]ucun individu ne doit bénéficier d'une préférence, d'une priorité ou être soumis à des discriminations dans la délivrance d'un visa d'immigration du fait de sa race, son sexe, sa nationalité, son lieu de naissance, ou son lieu de résidence »¹⁶.

La lecture de cette disposition législative semble effectivement contraindre la réglementation présidentielle en matière d'immigration. Néanmoins, l'interprétation de la clause demeure ouverte et il reviendra aux requérants de démontrer que l'*executive order* constitue bel et bien une discrimination interdite au sens de cette loi. D'abord, une tension semble évidente entre le décret et la prohibition législative des discriminations fondées sur la nationalité. Le gouvernement se défend néanmoins en établissant deux

distinctions : entre l'octroi d'un visa et l'entrée sur le territoire d'une part ; et entre les « immigrants » et les « non-immigrants » –et notamment les personnes détenant un visa, mais n'ayant pas le statut de résident permanent aux États-Unis – d'autre part. Le gouvernement prétend alors que seuls les premiers termes de chacune de ces deux distinctions entrent dans le champ d'application de la disposition. Le Congrès n'aurait opposé aucune limite aux réglementations concernant les seconds.

Ensuite, il pourrait être soutenu que l'*executive order* discrimine de manière illégale sur la base de l'appartenance religieuse. Or, s'il est indéniable que le Président bénéficie d'une large discrétion pour décider des catégories d'étrangers susceptibles de représenter une menace pour les États-Unis, il n'est pas certain qu'il puisse l'appliquer à l'appartenance religieuse. À ce titre, les requérants devraient sans doute chercher à démontrer que l'*executive order* est bien constitutif d'un « *muslim ban* ». La question est épineuse puisque l'administration nie considérer l'appartenance religieuse dans le cadre de sa politique d'immigration, le seul élément pris en compte dans la section 3 étant effectivement l'État d'origine. Il est vrai qu'un certain nombre d'États à majorité musulmane ne sont pas concernés par la mesure et que l'*executive order* ne

distingue pas, au sein des populations visées par la section 3, les musulmans des autres minorités religieuses. Néanmoins, plusieurs éléments pourraient corroborer l'allégation d'un « *muslim ban* » et convaincre les juges que la finalité de l'acte est bien d'interdire l'entrée aux Etats-Unis des personnes de confession musulmane. Il s'agit premièrement des déclarations de campagne du nouveau Président et de ses « *tweets* » à répétition ciblant des communautés particulières¹⁷, deuxièmement, de sa détermination à donner la préférence en matière d'immigration aux minorités religieuses (section 5, (b) et (e) de l'*executive order*) et en particulier aux chrétiens¹⁸, et, troisièmement, du pouvoir discrétionnaire reconnue aux Secrétaires d'État et à la Sécurité Intérieure par la section 3 (g) de l'*executive order* pour octroyer, au cas par cas, « des visas ou d'autres prestations en matière d'immigration » aux nationaux des États « bannis ». Dans ce dernier cas, la seule condition posée – l'intérêt national – offre aux autorités administratives une liberté d'appréciation certaine. Si ces dernières adoptent la ligne politique du Président, dans quelle mesure l'appartenance religieuse ne serait-elle pas décisive pour déterminer quels individus doivent être admis sur le territoire américain ?

Il s'agirait alors pour les opposants à l'*executive order* d'arguer qu'une telle

discrimination fondée sur l'appartenance religieuse est contraire à la loi sur l'Immigration et la Nationalité¹⁹, voire à la Constitution. Au niveau constitutionnel, les dispositions alors pertinentes sont la clause d'établissement du Premier Amendement, ainsi que les exigences d'« *equal protection* » garanties au niveau fédéral par l'intermédiaire de la clause de « *due process* » du Cinquième Amendement. En ce qui concerne le Premier Amendement, il s'agira pour les requérants de convaincre les cours que le décret présidentiel est défavorable à la religion musulmane et qu'il privilégie au contraire la religion chrétienne. Quant au succès du moyen tiré de la violation des exigences de l'« *equal protection* », il dépendra en grande partie du standard de contrôle qu'utilisera le juge. Sans entrer dans les détails d'une jurisprudence constitutionnelle particulièrement complexe et nuancée sur la question du contrôle des discriminations, il faut toutefois préciser que le standard « par défaut » appliqué par les cours est le contrôle dit « de base rationnelle » qui exige simplement l'existence d'un lien rationnel entre la différence de traitement contestée et un intérêt gouvernemental légitime invoqué. Il existe cependant deux autres degrés de contrôle, plus approfondis : un contrôle intermédiaire (utilisé en particulier dans le cas des discriminations sexistes) et un contrôle strict (appliqué notamment aux hypothèses de discriminations raciales). Or, en matière

de discrimination contre les ressortissants étrangers, la jurisprudence distingue généralement selon qu'ils sont, ou non, entrés sur le territoire américain. Dans le premier cas, le contrôle est traditionnellement approfondi. Dans le second, il s'agit le plus souvent d'un contrôle de base rationnelle. En l'espèce, un tel standard permettrait à l'administration de justifier la différence de traitement par l'objectif poursuivi par l'*executive order*, à savoir la protection du pays contre le terrorisme. Les opposants au décret arguent cependant que ce degré de contrôle n'est pas approprié, notamment parce que l'acte aurait été édicté avec l'intention de discriminer sur la base de l'appartenance religieuse.

Il est difficile de prédire la portée exacte du conflit qui semble se dessiner, au gré des tweets présidentiels et des décisions des juges, entre le Président et les cours. Il paraît cependant évident qu'intervenue moins de deux semaines après le commencement du mandat du nouveau Président, l'affaire de l'*executive order* n'augure pas de relations très apaisées entre Donald J. Trump et l'institution judiciaire²⁰. La grande inconnue reste cependant la position que pourrait adopter sur ces questions la Cour suprême des États-Unis, ainsi que le degré de résistance que Donald J. Trump opposerait éventuellement à une telle décision. Le bras de fer institutionnel pourrait alors prendre fin ou au contraire se transformer en véritable conflit constitutionnel entre les deux branches du gouvernement fédéral.

¹ « *The opinion of this so-called judge, which essentially takes law-enforcement away from our country, is ridiculous and will be overturned!* » (Donald J. Trump, « Tweet », *Compte POTUS*, 4 février 2017).

² Les documents afférents peuvent être consultés sur le blog *Lawfare* (Q. Jurecic, « Litigation Documents & Resources Related to Trump Executive Order », *Lawfare*, 29 janvier 2017, <https://www.lawfareblog.com/litigation-documents-resources-related-trump-executive-order>).

³ Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure.

⁴ Plus précisément, la cour de district affirme : 1/ qu'il est probable que l'*executive order* porte atteinte aux droits des requérants garantis par la Constitution et que le recours contre l'acte a donc de grandes chances de prospérer au fond ; (2) qu'en l'absence d'un sursis à exécution, il existe un « danger imminent » que les individus auxquels est appliqué l'*executive order* aient à subir un « préjudice substantiel et irréparable » ; (3) que le sursis à exécution ne porte pas un préjudice substantiel aux tiers à la procédure ; (4) qu'il est donc « approprié et juste » qu'en attendant que le juge se soit prononcé sur le recours au fond, l'administration soit enjointe de ne pas réitérer ses actions en violation de la Constitution, et même empêchée de le faire (*Darweesh v. Trump*, U.S. District Court for the Eastern District of New York, 28 janvier 2017).

⁵ *Nken v. Holder*, 556 U.S. 417, 434 (2009).

⁶ A. Taub, M. Fisher, « Trump's Immigration Order Tests Limits of Law and Executive Power », *New York Times*, 30 janvier 2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/30/us/politics/trump-immigration-muslim-ban.html>.

⁷ Les documents afférents peuvent être consultés sur le blog *Lawfare* (« Litigation Documents & Resources Related to Trump Executive Order on Immigration », *Lawfare Blog*, <https://lawfareblog.com/litigation-documents-resources-related-trump-executive-order-immigration>).

⁸ *Louhghalam v. Trump*, U.S. District Court for the District of Massachusetts, 3 février 2017.

⁹ *Louhghalam v. Trump*, U.S. District Court for the District of Massachusetts, 29 janvier 2017.

¹⁰ *Washington v. Trump*, U.S. District Court for the Western District of Washington, 3 février 2017. Les différents documents afférents à ce recours sont publiés sur le site des cours pour le Neuvième Circuit : https://www.ca9.uscourts.gov/content/view.php?pk_id=0000000860.

¹⁰ Il convient de noter qu'il n'est pas inédit qu'une cour de district prononce une injonction nationale entravant

l'application d'un décret présidentiel. Cela avait par exemple été le cas dans la décision d'une cour de district texane qui avait empêché que fût appliqué un *executive order* du Président Barack Obama destiné à protéger les immigrés en situation irrégulière de l'expulsion et à leur permettre de travailler légalement sur le territoire américain (*Texas v. United States*, 809 F.3d 134, 155 (5th Cir. 2015)). Dans ce cas, l'administration devra respecter cette injonction malgré les éventuels refus d'autres cours d'en prononcer une similaire (ici, la décision de la cour de district de Boston en faveur de l'*executive order* du président Donald J. Trump).

¹² *Washington v. Trump*, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 4 février 2017.

¹³ A. Liptak, « Appeals Court Panel Appears Skeptical of Trump's Travel Ban », *New York Times*, 7 février 2017, <https://www.nytimes.com/2017/02/07/us/politics/trump-immigration-ban-hearing-appeal.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=first-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news>.

¹⁴ A. Liptak, « The President Has Much Power Over Immigration, but How Much? », *New York Times*, 5 février 2017, <https://www.nytimes.com/2017/02/05/us/politics/trump-immigration-law.html?emc=eta1>.

¹⁵ Cette volonté politique de lutter contre les discriminations en matière d'immigration s'inscrit dans le cadre d'un mouvement plus général en faveur de l'égalité des droits. Elle cherche également à se poser en rupture avec une histoire américaine marquée par les discriminations à l'encontre de certains immigrés, notamment originaires d'Asie (*Chinese Exclusion Act*, Pub. L. No. 47-126 (1882) ; *1917 Immigration Act* dit « *Asiatic Barred Zone Act* », Pub. L. No. 301 (1917) ; *Immigration Act of 1924*, Pub. L. No. 68-139 (1924) ; internement des Japonais-américains durant la seconde guerre mondiale).

¹⁶ « *No person shall receive any preference or priority or be discriminated against in the issuance of an immigrant visa because of the person's race, sex, nationality, place of birth, or place of residence* » (8 U.S.C. 1153).

¹⁷ Pour ne prendre qu'un exemple, Donald J. Trump, alors candidat à la primaire républicaine, déclarait dans un communiqué publié sur le site officiel de sa campagne le 7 décembre 2015, qu'il souhaitait « un arrêt complet et total de l'entrée des musulmans sur le territoire des États-Unis jusqu'à ce que les représentants du pays puissent comprendre ce qu'il se passe » (D. J.

Trump, « Donald J. Trump Statement On Preventing Muslim Immigration », 2 décembre 2015, <https://www.donaldjtrump.com/press-releases/donald-j.-trump-statement-onpreventing-muslim-immigration>).

¹⁸ M. D. Shear, H. Cooper, « Trump Bars Refugees and Citizens of 7 Muslim Countries », *New York Times*, 27 janvier 2017, <https://www.nytimes.com/2017/01/27/us/politics/trump-syrian-refugees.html> ; C. Morello, « Trump Signs Order Temporarily Halting Admission of Refugees, Promises Priority for Christians », *Washington Post*, 27 janvier 2017, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/trump-approves-extreme-vetting-of-refugees-promises-priority-for-christians/2017/01/27/007021a2-e4c7-11e6-a547-5fb9411d332c_story.html?utm_term=.c30584b100c2.

¹⁹ Si la loi sur l'Immigration et la Nationalité ne fait pas expressément référence à l'appartenance religieuse, un raisonnement par analogie pourrait conduire le juge à considérer qu'elle inclut bien une protection contre les discriminations en matière de religion.

²⁰ Le juge James L. Robart de la cour de district de Seattle déclarait ainsi, lors de la lecture de sa décision : « *Fundamental to the work of this court is a recognition that it is only one of three equal branches of our government. The role of the court is not to create policy or to judge the wisdom of any particular policy promoted by the other two branches [...] The work of the judiciary is limited to ensuring that the actions taken by those two branches comport with our laws and most importantly our constitution. [...] The court concludes that the circumstances that brought us here today are such that we must intervene to fulfill the judiciary's constitutional role in our tripart government* ».

le 7 mars 2017

Les démocrates américains peuvent-ils faire obstruction à la nomination de Neil Gorsuch ?

Aurélien de Travy

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour suprême, Washington D. C.

blog.juspoliticum.com

Le juge Neil Gorsuch a été nommé le 31 janvier dernier, par le nouveau Président américain, pour occuper le siège vacant à la Cour Suprême des États-Unis, depuis le décès en février 2016 du célèbre Justice Antonin Scalia. Cette nomination ouvre le long - et parfois dramatique - processus de confirmation de sa candidature par le Sénat. A plusieurs égards, les premières réactions à cette nomination sont révélatrices d'un durcissement du processus sénatorial de confirmation. Le leader démocrate au Sénat, Chuck Summer, a d'ores et déjà annoncé vouloir faire obstruction au choix présidentiel. Que doit-on attendre de cette potentielle confrontation ?

I ● On a noté que M. Gorsuch n'est pas le premier prétendant au remplacement de Scalia. Quelques semaines après l'ouverture de la vacance à la cour, le Président Obama s'était proposé d'y remédier en nommant le juge Merrick Garland, le 16 mars 2016. Les sénateurs républicains, majoritaires, ont alors refusé de consentir une audition au candidat. Ils souhaitent accorder ce privilège au vainqueur de l'élection présidentielle de novembre. La victoire du candidat républicain, puis la relative priorité qu'a ensuite occupée le choix d'un nouveau *Justice*, peuvent toutes deux attester (bien qu'à très court terme) de la réussite de la

stratégie républicaine. Toutefois, le problème est tout autre à l'heure où les républicains doivent faire adouber par leurs adversaires démocrates le candidat qu'ils offrent pour le « siège usurpé » à M. Garland. Le principal problème pour la confirmation de M. Gorsuch demeure donc l'absence de confirmation de M. Garland.

Ce problème n'est pas celui de la constitutionnalité de l'opposition sénatoriale prolongée, puisque la manière dont a été traitée la nomination de M. Garland n'est pas explicitement prohibée par le texte constitutionnel (article II, section II, clause II). Surtout, la question ne peut pas être déferée et résolue par l'intervention de la Cour Suprême, qui ne trouve dans les discussions parlementaires aucun préjudice avéré. D'après l'interprétation qu'elle donne du « *case or controversy requirement* » de la Constitution (section II de l'article III), cette absence la prive de compétence en la matière. Si la discussion sur le « devoir constitutionnel du Sénat » a lieu, elle n'a donc pas pour cadre principal l'office du juge constitutionnel, mais l'enceinte du Capitole. La question concerne alors plus les précédents que le texte constitutionnel.

II. Ce sont ces précédents qui ont largement alimenté la controverse sur la nomination de M. Garland. Le problème

rencontré aujourd'hui par les démocrates n'est en effet pas complètement inédit. Les républicains invoquaient en effet une règle interdisant l'exercice du pouvoir de nomination du Président, en situation de gouvernement divisé pendant les années électorales, mais celle-ci n'a pas vraiment de réalité dans le droit sénatorial. Ensuite, les antécédents à la situation de M. Garland témoignent eux-mêmes de situations exceptionnelles. Il y eut deux vacances comparables à celle du *Justice* Scalia dans l'histoire de la Cour Suprême. Cependant, ces vacances prolongées advinrent dans des circonstances très différentes, puisqu'elles s'expliquaient par le rejet *successif* de deux candidats avant de pouvoir finalement aboutir à la confirmation d'un troisième. Ce n'est bien sûr pas le cas ici. Le premier (Harry Blackmun) avait prêté serment plus de 391 jours, le second (Anthony Kennedy) 237 jours après le décès, ou le départ de leur prédécesseur. A ce jour, la vacance du siège de Scalia vient de dépasser la durée d'un an, ce dernier étant décédé le 13 février dernier. Le jour de la nomination de M. Gorsuch, Merrick Garland avait déjà enduré une attente de 321 jours, ce qui peut ainsi bien être considéré comme une situation inédite.

III. Aujourd'hui, les démocrates disposent donc de cette absence de coopération comme d'une invitation à leur propre résistance. Ceux-ci sont actuellement

en minorité au Sénat. Cependant, suite aux élections sénatoriales du 8 novembre 2016, les républicains ne disposent plus que d'une courte majorité, de cinquante deux sièges. Les démocrates ne sont pas en situation de refuser une audition ou même d'aboutir à un rejet de la confirmation du candidat, dans l'hypothèse probable d'un vote partisan. En revanche, ils bénéficient d'un colossal potentiel d'obstruction lorsque les sénateurs viendront à discuter de sa confirmation. Les propositions d'amendements à répétition, les contraintes des demandes de quorum, l'appel nominal pour les votes, et surtout, l'impossibilité pour le président de séance de refuser la prise de parole à un sénateur, et de la reprendre, créent pour l'opposition le potentiel d'un droit illimité au débat, qui peut être utilisé à des fins dilatoires. Cette célèbre particularité du Sénat américain est connue sous le nom générique de "*filibustering*".

La menace du "*filibustering*" pèse sur les républicains en raison de la majorité qualifiée qu'elle leur demande de réunir pour y mettre fin. Le potentiel d'une obstruction demanderait alors aux républicains de trouver l'appui de huit sénateurs démocrates pour pouvoir aboutir à un vote sur la confirmation de M. Gorsuch. C'est précisément cette exigence de consensus qui confère à l'obstruction son caractère central dans le fonctionnement du Sénat. Classiquement, cette arme avait

simplement besoin d'exister pour exercer une sorte de « force centripète » sur les positions des sénateurs. Elle avait même disparue en matière de nominations judiciaires du Président, entre la fin des années 1960 et 2003.

Le contexte contemporain est autrement plus tendu. Cette sorte de convention sur le refus du “*filibustering*” s’est abîmée voilà une vingtaine d’années. Depuis, on s’accorde à considérer que les rapports partisans au Sénat sont fortement polarisés. Le récent vote de confirmation très serré de Mme. DeVos au poste de secrétaire à l’éducation, nécessitant l’intervention du vice-président Mike Pence pour emporter la majorité, en est peut-être l’élément le plus frappant. Il est tout simplement sans précédent pour un nommé au cabinet présidentiel. En résumé, on pourrait affirmer qu’à une logique de retenue, ou simplement d’intimidation, a succédé une logique de représailles.

IV. C’est dans ce contexte qu’il faut comprendre l’invitation faite par le Président Trump aux sénateurs de son parti, d’utiliser « l’option constitutionnelle » pour écarter une opposition trop bruyante à la nomination de son candidat. De quoi s’agit-il ?

Le principe de « l’option constitutionnelle », ou « option nucléaire »

est relativement simple. Il consiste à pouvoir modifier à la majorité simple une règle des *Standing Rules* requérant une majorité qualifiée. L’option constitutionnelle doit son nom à l’habilitation qu’elle trouve dans l’article I section 5, clause 2, de la Constitution pour écarter les précédents du Sénat. Thomas Walsh, le sénateur démocrate qui l’avait pour la première fois en 1917, soutenait ainsi que : « Quand la Constitution dispose que « Chaque chambre déterminera les règles de son fonctionnement (“*its rule of proceedings*”), cela signifie que chaque chambre peut, par un vote à la majorité, un quorum étant réuni, déterminer ses propres règles. » (M. Gold & D. Gupta, “The Constitutional Option to Change Senate Rules and Procedures: a Majoritarian Means to Overcome the Filibuster”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2005, p. 221).

Le raisonnement de l’option constitutionnelle implique trois choses. En premier lieu, que le pouvoir du Sénat de déterminer ses propres règles le libère nécessairement des précédents posés par les Sénats antérieurs. Ensuite qu’en l’absence de tout précédent de la chambre, les sénateurs opéreraient suivant la pratique parlementaire traditionnelle, selon laquelle les décisions, dernier élément, seraient prises à la majorité simple. Étant retourné à cette variante parlementaire de « l’état de nature », le Sénat exprimerait son consentement envers tous les

précédents inutilement répudiés, à l'exception précisément des règles dont il souhaitait se libérer. Les matières reversées à la « pratique parlementaire traditionnelle » pourraient alors être décidées à la majorité simple.

Formulée en 1917, « l'option constitutionnelle » ne fut utilisée pour la première fois qu'en 2013 par le speaker démocrate, Harry Reid, afin d'écarter un “*filibuster*” obstruant des nominations présidentielles de juges fédéraux. Ce faisant, les démocrates ont créé un précédent, la “Reid Rule” dont les républicains pourraient aujourd'hui faire usage. Celui-ci est d'autant plus tentant que le Sénat, au-delà du problème médiatisé de la vacance à la Cour Suprême, doit aussi répondre à une centaine de vacances dans les cours fédérales. La nouveauté de cet usage illustre clairement la logique de représailles à l'œuvre dans le récent droit du sénat. Le précédent créé par les démocrates concernait les nominations présidentielles à des postes de juges fédéraux, *exception faite* des nominations à la Cour Suprême. Toutefois, en considérant que les démocrates ont « ouvert la boîte de Pandore », les républicains pourraient riposter en élargissant ce précédent aux nominations à la Cour Suprême.

L'invitation présidentielle à faire usage de cet outil n'est peut-être qu'une tentative d'intimidation. Mais au-delà de la nomination

de M. Gorsuch, qu'elle faciliterait sans doute, elle pourrait aussi être invoquée pour de futures nominations à la Cour. Les *Justices* Ginsburg et Kennedy, en particulier, ont dépassé les quatre-vingt ans. Bien entendu, ce nouvel outil bénéficierait aux nominés démocrates une fois l'alternance venue. Mais une telle séquence d'évènements accentuerait dramatiquement l'actuelle polarisation des institutions politiques américaines. Elle ôterait au Sénat une importante résistance à la logique majoritaire du système de gouvernement des États-Unis.

Le choix de M. Gorsuch n'est pas une provocation de la part du Président. Le juge bénéficie d'un parcours universitaire remarquable, et d'une solide expérience avec la Cour Suprême, qualifications qu'il partage, sans surprise, avec Merrick Garland. Sa nomination est très clairement un geste du Président Trump vers son parti. Les démocrates ont aujourd'hui peu à gagner à une obstruction de principe sur cette nomination, et à interroger le candidat sur des compétences que nul ne conteste.

Lorsque celui-ci se présentera devant la Commission Judiciaire du Sénat, un mouvement intéressant consisterait plutôt à déplacer le débat du parcours de M. Gorsuch, vers la manière dont celui-ci aborderait l'obstruction à la nomination de M. Garland,

la constitutionnalité de l’*“executive order”* du 27 janvier, ou encore les bruyantes critiques présidentielles à l’égard du juge (républicain) James Robart. Les réponses que pourrait alors donner le candidat ne sont pas entièrement imprévisibles. M. Gorsuch a déjà condamné les délais pris par les confirmations sénatoriales de juges fédéraux. Il le faisait notamment en 2002, regrettant le traitement « grossier » de quelques uns des plus « impressionnants » juges fédéraux. Une certaine ironie voulait qu’il évoqua alors Merrick Garland, déjà contesté à l’époque pour sa nomination à la cour d’appel fédérale à Washington D.C. (N. Gorsuch, “Justice White and Judicial Excellence”, UPI, 04/05/2004). Quant aux invectives présidentielles, la condamnation à demi-mots que M. Gorsuch a glissée à un sénateur démocrate, les qualifiant de « décourageantes » et « démoralisantes » est devenue, il y a quelques semaines, le cœur d’une nouvelle échauffourée médiatique. M. Gorsuch devrait comparaître devant la Commission Judiciaire du Sénat à partir du 20 mars.

Je remercie le Professeur Bruno Daugeron ainsi qu’Étienne Nédellec et Barbara Teissier du Cros pour leurs relectures et leurs remarques.

le 31 mars 2017

Pourquoi le Président Trump n'est pas parvenu à abroger l'Obamacare : un échec politique et institutionnel

Tarek Darwish

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Maison-Blanche, Washington

blog.juspoliticum.com

L'incapacité du Président Trump à obtenir l'abrogation de l'Obamacare traduit une incompétence politique et une méconnaissance profonde de la fonction présidentielle qui dépend ultimement d'une forme de persuasion à l'égard des autres représentants des branches du pouvoir judiciaire et législatif. C'est bien ce qui a manqué à l'actuel locataire de la Maison Blanche.

Un échec politique (et un signe d'incompétence ?)

I. Élu sur la promesse d'abroger l'Obamacare, le Président Trump a du renoncer à présenter son projet de loi, en retirant son texte dès le 24 mars dernier, faute de majorité devant la Chambre des représentants. Après l'échec du décret anti-immigration connu sous le nom de *muslim ban* (V. JP Blog, post du 8 février 2017), ce nouvel échec montre à quel point le Président Trump est rattrapé par les réalités institutionnelles et politiques avec lesquelles il doit, coûte que coûte, composer pour éviter une troisième déconvenue.

Cet échec est, disons-le clairement, le résultat d'une intransigeance du *Freedom Caucus* (l'aile droite du *Grand Old Party*) qui jugea très insuffisante la réforme du dispositif de santé *Obamacare*. Le camp des

républicains « modérés » redoutait, quant à lui, que ce projet d'abrogation augmente d'avantage le nombre d'Américains sans couverture maladie.

Comment en est-on arrivé à cette crise majeure? Une première explication tient à la configuration politique du parti républicain. Il n'est pas inutile de rappeler que le parti républicain détient la majorité aussi bien au Sénat qu'à la Chambre des Représentants. N'oublions pas, ensuite, que le Président Trump n'est pas issu du sérail des Républicains. De nombreux Représentants et Sénateurs étaient hostiles à sa candidature et n'ont rien fait pour la soutenir, en particulier les plus modérés et l'aile droite du *Grand Old Party (Freedom Caucus)*. L'euphorie de la victoire a fait oublier que les républicains sont divisés (Paul Ryan ayant été choisi après la démission de John Boehner à la présidence de la Chambre des représentants). Ce retrait, laisse surtout apparaître l'idée « d'un vote sanction » envers Donald Trump.

La seconde explication est liée à certaines spécificités de la procédure législative américaine. Tout d'abord, Donald Trump a approuvé un projet de loi dont il ne maîtrisait pas le contenu. L'autre erreur a été de vouloir forcer la main au Congrès en précipitant l'adoption de son texte. Rien, mis à part les changements de plaques commémoratives,

ne peut aller vite au Capitole, et surtout pas une réforme de l'assurance maladie. Enfin, son erreur politique a été de croire qu'il suffirait de brandir une quelconque menace à l'égard des républicains hostiles à son texte (principalement ceux du *Tea Party*) pour penser l'emporter. Beaucoup d'entre eux ont préféré conserver une loi (l'*Obamacare*) qu'ils ont combattue plutôt que de céder aux pressions de l'exécutif.

Tout au long de la journée du 24 mars, des tractations de dernière minute ont eu lieu pour essayer de réunir à la Chambre basse du Congrès une majorité. Le président de la Chambre des Représentants, Paul Ryan, savait qu'il n'obtiendrait pas de majorité suffisante pour faire adopter l'*American Health Care*. Que prévoyait ce nouveau projet?

- L'annulation de l'amende infligée à ceux qui ne souscrivaient pas à une couverture santé,
- La réduction de financements tels que le *Medicaid* ou le programme pour les personnes en situation d'extrême précarité et de handicap
- Une baisse importante du niveau de subvention censé aider les particuliers à s'assurer.

Pas suffisamment libéral pour l'aile droite, beaucoup trop libéral pour les « modérés » républicains, ce projet a donc été victime des divisions internes du parti républicain. Sans grande surprise, quelques minutes avant le vote initialement prévu à 15h30, le Président Trump a demandé à Paul Ryan, de retirer le texte et de ne pas le soumettre au vote, évitant au passage une humiliation politique. Selon certaines estimations, il manquait 10 à 15 voix pour réussir ce pari et permettre à l'ambitieux Paul Ryan de gagner la confiance de Donald Trump. Ce dernier a reconnu qu'il n'avait pas été en mesure de convaincre une majorité suffisante à la Chambre où, rappelons-le, les républicains ont 237 élus contre 193 démocrates.

II. Au-delà du contexte politique immédiat, cette crise renvoie aux relations Président-Congrès qui ont évolué en faveur du Président. Les Pères fondateurs ont, au niveau fédéral, fait en sorte de construire un gouvernement à trois « branches » dont chacune d'elles contrebalance l'autre par des pouvoirs étendus et équilibrés. Ce système de *Checks and Balances* permettrait d'empêcher une quelconque tentative d'hégémonie. L'évolution du régime vers le gouvernement présidentiel, dont les artisans de la Déclaration de Philadelphie avaient posé les bases, a eu lieu dès la guerre de Sécession. Cette

recherche d'un exécutif fort, qui ne trouverait certainement pas sa place dans notre système constitutionnel, a sans doute permis d'éviter une instabilité des législatures au niveaux des États eux-mêmes et de maintenir un ordre républicain au niveau fédéral. Cette légitimité provient de la rencontre directe, sans passer par la case du Congrès, entre le Président et ses (grands) électeurs. La seconde section de l'article II de la Constitution des Etats-Unis prévoit que le Président et le Vice-président sont choisis par des grands électeurs, sans préciser le mode de nomination de ce collège électoral dans lequel les États fédérés organisent eux-mêmes leur mode de désignation: « Aucun sénateur ou représentant, ni aucune personne tenant des Etats-Unis une charge de confiance ou de profit, ne pourra être nommé électeur », est-il précisé.

Les poids et contrepoids sont fort heureusement la boussole qui permet d'éviter que le Congrès ne renverse le Président et que le Président cherche à étouffer le pouvoir législatif. Le pouvoir de veto permet précisément au Congrès d'entendre les signaux forts que devra envoyer le Président au Congrès pour se faire entendre. Dans ce cas, c'est le leadership présidentiel qui devra prendre le relais : c'est ce qui a, en l'espèce, fait défaut au Président.

Un échec institutionnel (et un problème de leadership ?)

I. Ce retrait pose la question de l'avenir de cette réforme sur laquelle le Président Trump avait fait campagne. Le profil de candidat anti-système et d'outsider du candidat Trump, censé être capable de faire plier la machine fédérale, n'aura pas suffi. Rappelons-nous sa prestation de serment du 20 janvier dernier : le temps de la parole est révolu, place à l'action. Le Président Trump, fraîchement élu, pensait être « le seul à pouvoir régler les problèmes de Washington » or, c'est tout le contraire qui s'est produit. Le retrait du texte est un échec qui au-delà de sa personne, la fonction présidentielle. La crise de son leadership est manifeste et ses opposants n'hésiteront pas à le lui rappeler. Comment un homme qui s'est présenté comme un fin négociateur compte tenu de ses activités professionnelles, a-t-il été dans l'incapacité de persuader son propre parti? La encore, cet échec est l'occasion d'insister sur le rôle du Président des États-Unis tel qu'il est défini par la Constitution et sur la place qu'il occupe dans le Gouvernement.

Hamilton écrivait (*Le Fédéraliste* n° 70) : « La force (*energy*) de l'exécutif est une condition majeure de l'existence d'un

bon gouvernement » et, cette force doit se caractériser par « un ascendant (du Président) que les tentatives occasionnelles de révolte de celui-ci n'arrivent pas à affaiblir » (S. Hoffmann, préf. au livre de M.-F. Toinet, *Le système politique américain*, PUF, coll. « Thémis », 1990, 2e éd., p. 30). Cette affirmation résume bien ce que l'on attend d'un président, à savoir être un leader pour assurer une bonne gouvernance.

Le régime politique américain s'est progressivement mué en un régime plus présidentiel, sous l'impulsion délibérée de certains présidents (Présidents Wilson et Franklin D. Roosevelt). Ce régime signifie simplement qu'il existe une prépondérance de l'exécutif et, au sein de l'exécutif, une prépondérance du président. Il n'existe pas de gouvernement organisé autour d'un Premier ministre. Le Président choisit ses secrétaires comme des collaborateurs qui sont responsables devant lui. L'image de Donald Trump assis sur son bureau entouré de ses conseillers et secrétaires, entraînant de signer son premier décret présidentiel, ordonnant à son administration d'accorder le plus d'exemptions possibles à la réforme du système de santé de 2010, illustre bien le propos.

Bien que la nature du régime soit centrée sur la personne du Président, l'article II Section II de la Constitution des États-Unis

prévoit, tout de même, des pouvoirs limités qui sont bien énumérés. Ni le Président, ni le Congrès ne peuvent mettre fin au mandat de l'autre pouvoir. Ainsi, les deux pouvoirs doivent inévitablement s'entendre pour trouver un compromis et, les *midterm elections* illustrent bien la nécessité pour le Président de savoir traiter avec le Congrès tout en cherchant à garder un ascendant sur celui-ci. Le leadership présidentiel peut faire la différence, parce qu'en cas d'échec à trouver un compromis, c'est tout le système politique qui peut se trouver bloqué par des « *shutdowns* » budgétaires avec pour résultat le blocage de l'administration fédérale et plus largement par une situation de « *divided government* ».

II. De quelle manière se caractérise le leadership présidentiel? Sans revenir sur l'histoire du gouvernement présidentiel, rappelons que celui-ci est le produit d'une longue évolution qui remonte à la Convention de Philadelphie et qui trouva son apogée sous la présidence de Franklin D. Roosevelt. Bien que les conclusions de Tocqueville dans son ouvrage, *De la démocratie en Amérique*, portent la marque de son temps, en observant, dès 1835, que « le président est placé à côté de la législature », il ne fait pas de doute que, des trois pouvoirs, celui qui est prépondérant aujourd'hui, est bien à la Maison-Blanche.

Cette prépondérance est avant tout coutumière et le fruit d'une longue évolution.

Le Président américain se doit d'être un véritable leader plutôt qu'un simple chef d'État. Le président n'exerce pas ses pouvoirs avec plus d'aisance parce qu'il bénéficierait d'un appui politique au Congrès (notre cas d'espèce le démontre), mais plutôt par sa capacité à rassembler autour de sa personne, autour de ce qu'il représente et inspire. Il doit rassembler tel un monarque et gouverner tel un républicain. C'est ce qui a sûrement manqué au Président Trump quand il a cru pouvoir « détricoter » tout un système de santé que son prédécesseur avait longuement travaillé et présenté auprès de chaque sénateur et représentant, justement grâce à sa force de persuasion. Dans la pratique il arrive très souvent que la marge de manœuvre d'un président soit trop faible pour opérer des changements importants, sans l'approbation du Congrès. Ce dernier doit compter également sur son entourage (Richard Neustadt, *Presidential Power and the Modern Presidency: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York, NY: Free Press). Pour cela, le Président Trump ne doit pas seulement donner l'impression qu'il gouverne mais doit gouverner, en commençant par s'entourer d'experts, ceux-là même qu'il vilipendait de bureaucrate durant sa campagne. Notre cas d'espèce démontre que son « leadership » naturel ne suffit plus à convaincre ses propres troupes. Qu'en sera-t-il lorsqu'il s'agira de défendre sa réforme fiscale, qui s'avèrera plus difficile encore à accomplir,

ou lorsqu'il devra, en cas de victoire des démocrates à l'issue des prochaines *midterms elections*, composer avec un Congrès moins bien disposé à son égard ?

Je remercie vivement M. Idris Fassassi, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), pour ses précieuses indications.

le 18 avril 2017

Le Président des États-Unis peut-il être attrait devant le tribunal d'un État fédéré ? À propos de l'affaire *Zervos v. Trump*

Maud Michaut

**Doctorante,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour suprême, Washington D. C.

© Matt H. Wade. CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

*De quelle immunité de juridiction le Président des États-Unis bénéficie-t-il ? Si deux arrêts, rendus par la Cour suprême des États-Unis en 1982 et 1997, avaient déjà apporté des éléments de réponse à cette question, une affaire récente, *Zervos v. Trump*, actuellement pendante devant la Cour suprême de l'État de New York, interroge à nouveau la possibilité d'engager la responsabilité civile du Président des États-Unis, cette fois lorsque les poursuites ont lieu, non devant des juges fédéraux, mais devant une cour d'un État fédéré. De manière originale, l'éventuelle immunité du Président des États-Unis découlerait alors moins du principe de la séparation des pouvoirs que de la conception américaine du fédéralisme.*

Peu après qu'a été rendue publique la tristement célèbre vidéo de la conversation de Donald J. Trump et de Billy Bush, Summer Zervos, ancienne participante à une émission de télé-réalité tournée au sein de l'entreprise de Donald J. Trump et le mettant en scène, a affirmé avoir subi en 2007 des attouchements de la part du futur Président. Parce que ce dernier qualifia ces accusations de mensongères, elle décida, le 17 janvier dernier, d'engager une action en diffamation devant la Cour suprême de l'État de New York. L'affaire semble à première vue

susceptible d'intéresser davantage la presse people qu'un blog juridique. Pourtant, elle pose la question, inédite en droit constitutionnel américain, des limites qui, notamment du fait du fédéralisme, pourraient être opposées à l'engagement de la responsabilité civile du Président des États-Unis devant le juge d'un État fédéré.

I. La considération par le juge de « l'importance particulière des devoirs du Président » (« the singular importance of the President's duties »)

La Constitution de 1787 ne fait pas expressément mention des immunités juridictionnelles dont est susceptible de bénéficier le Président des États-Unis. S'il n'y a toujours pas de réponse certaine à la question de savoir s'il peut voir sa responsabilité pénale engagée devant un tribunal ordinaire, en dehors de toute procédure d'*impeachment* ou parallèlement à celle-ci¹, le problème de l'étendue de son immunité civile paraît davantage circonscrit. Le droit positif en la matière découle principalement de deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis, décidés respectivement en 1982 et 1997². Dans le premier arrêt, *Nixon v. Fitzgerald* (457 U.S. 731 (1982)), la Cour suprême affirma qu'en l'absence de dispositions législatives contraires, le Président des États-Unis bénéficiait d'une immunité absolue quand

était mise en cause sa responsabilité civile en raison d'actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions :

« Nous considérons que cette immunité est fonctionnellement inhérente à l'office unique du Président, enracinée dans la tradition constitutionnelle de la séparation des pouvoirs et appuyée par notre histoire »³.

Dans le silence du Congrès, cette immunité s'étend ainsi à l'ensemble des actes officiels (« *official acts* ») du Président. On notera qu'aux États-Unis, le principe même de l'immunité paraît moins interroger au regard du principe d'égalité en tant que tel, que de celui de la *rule of law*, popularisé dès la fondation de la République américaine par la formule de John Adams d'« un gouvernement des lois et non des hommes » (« *a government of laws and not of men* »). En effet, l'immunité semble a priori heurter l'idée, dont Dicey a rendu compte à la fin du XIX^e siècle et qui est fondamentale en droit anglo-américain, selon laquelle chacun, quels que soient son rang et sa condition, est soumis au droit commun, sanctionné par les tribunaux ordinaires⁴. Toute l'ambiguïté de l'immunité vient alors du fait que l'exemption de l'exercice du pouvoir judiciaire est précisément organisée par le droit lui-même. De plus, la Cour suprême souligne l'existence de correctifs alternatifs (contrôle de la presse, surveillance du Congrès

et menace d'un impeachment) à l'action présidentielle (*Nixon v. Fitzgerald*, op. cit., p. 757).

L'opinion de 1982 semblait rattacher l'immunité à l'institution du Président des États-Unis, plutôt qu'à la nature des activités en cause. Elle la justifiait en effet par la volonté de protéger le Président des poursuites, afin qu'il pût accomplir sans peur les fonctions dont il avait la charge. Pourtant, la Cour suprême précisa à l'unanimité dans la décision *Clinton v. Jones* (520 U.S. 681 (1997)) que l'immunité ne saurait cependant couvrir les actes non officiels, qu'ils le soient en un sens temporel – accomplis avant l'entrée en fonction du Président - ou en un sens matériel – détachables des fonctions présidentielles. Ainsi, il semble que la protection vise désormais l'activité elle-même : l'objectif est de prévenir, non plus les simples « interférence[s] », mais bien les « ingérence[s] dans la manière dont [l]es fonctions sont exercées »⁵. En l'espèce, Paula Corbin Jones reprochait au Président William Jefferson Clinton des faits de harcèlement sexuel, faits qui se seraient déroulés alors qu'il était gouverneur de l'Arkansas. La défense du Président reposait sur l'idée que sa responsabilité civile ne pouvait être engagée tant qu'il était en fonction et qu'il bénéficiait donc d'une immunité temporaire jusqu'à la fin de son mandat, et ce afin de préserver le fonctionnement efficace du gouvernement.

L'argument ne prospéra pas. La Cour suprême des États-Unis jugea que le Président Clinton ne jouissait en l'espèce d'aucune immunité. En effet, l'engagement de sa responsabilité civile du fait d'actes privés ne l'empêchait pas d'accomplir les fonctions qui lui étaient confiées. Les poursuites ne portaient pas atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs : dans la mesure où était uniquement en cause « la conduite non officielle » du Président (*Clinton v. Jones, op. cit.*, p. 701), la Cour suprême jugea qu'il n'y avait ni empiètement par les juges sur les pouvoirs du Président, ni agrandissement de la branche judiciaire au détriment de la branche exécutive (*Id.*, p. 699).

L'opinion précisa cependant que, dans certaines circonstances qui ne sont pas davantage explicitées, le juge, après avoir mis en balance les différents intérêts et en considérant en particulier la charge que représentaient effectivement pour le Président les poursuites, pouvait ordonner le report de l'ensemble du procès à une date ultérieure (*Id.*, p. 707). Mais il ne s'agissait alors pas de la reconnaissance d'une immunité civile temporaire dont bénéficierait le Président. Cette faculté traduisait plus simplement la volonté de tirer toutes les conséquences du principe en vertu duquel le juge dispose d'une certaine discrétion pour organiser son rôle (« *docket* ») (*Id.*, p. 706). En l'espèce, la Cour

suprême estima pourtant que le Président Clinton, qui demandait précisément que les procédures soient interrompues jusqu'à la fin de son mandat présidentiel, n'était pas non plus parvenu à démontrer que de telles circonstances existaient (*Id.*, p. 707). Elle affirma en effet que les conséquences qu'était susceptible d'avoir l'action civile sur l'emploi du temps présidentiel ou sur sa capacité à se concentrer sur l'accomplissement de ses fonctions constitutionnelles ne justifiaient pas l'ajournement de la procédure jusqu'à la fin du mandat (*Ibid.*).

Elle confirma cependant le raisonnement de la cour de district qui avait accordé au Président Clinton un ajournement de l'action civile jusqu'à ce que la question de l'immunité soit tranchée : en effet, eu égard à « l'importance particulière des devoirs du Président », « les questions d'immunités [devaient] être décidées le plus tôt possible dans un procès » (*Id.*, p. 686, citant *Nixon v. Fitzgerald, op.cit.*, p. 751). La formule est aujourd'hui invoquée par les avocats de Donald J. Trump. Le 27 mars dernier, ils déposèrent en effet une demande tendant à l'obtention d'un délai de soixante jours supplémentaires pour préparer leur argumentation, et plus largement d'un ajournement de la procédure, et en particulier de la phase durant laquelle il faudrait rassembler les preuves (« *discovery* »), jusqu'à ce que soit décidée

la question de l'immunité. Ils expliquent en effet que ce délai demandé est « raisonnable » et qu'il doit être accordé en raison de l'importance juridique de la question posée et du caractère « extrêmement chargé de [l'] emploi du temps » du Président. Le caractère dilatoire de la stratégie est visible. Cependant, si la présentation relativement « laconique » des arguments porte quelque peu à sourire, la thèse des avocats de Donald J. Trump selon laquelle il existerait une immunité présidentielle dans le cas d'espèce n'apparaît pas non plus totalement extravagante et sans fondement au regard de la jurisprudence antérieure.

II. Le sort de l'action civile engagée contre le Président devant un tribunal d'un État fédéré

Il existe une différence majeure entre les affaires *Clinton v. Jones* et *Zervos v. Trump*, à savoir la juridiction devant laquelle est porté le recours. Summers Zervos a en effet poursuivi le Président Trump devant une cour fédérée, la Cour suprême de l'État de New York, et non devant le juge fédéral comme l'avait fait Paula Jones. Or, la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Clinton v. Jones*, avait expressément réservé cette hypothèse dans laquelle la justification « classique » de l'immunité présidentielle, trouvée dans le principe de séparation des pouvoirs entre

les trois branches du gouvernement fédéral, disparaissait partiellement au profit de l'idée de fédéralisme :

« parce que le moyen de l'immunité est présenté devant une cour fédérale et dépend fortement de la doctrine de la séparation des pouvoirs qui empêche chacune des trois branches du Gouvernement fédéral d'empiéter sur le domaine des deux autres [...], il n'est pas nécessaire d'examiner ou de décider si un moyen comparable pourrait prospérer devant un tribunal étatique. Si cette affaire était entendue devant une juridiction étatique, plutôt que d'avancer l'argument de la séparation des pouvoirs, le requérant s'appuierait probablement sur le fédéralisme et des préoccupations de courtoisie, de même que sur l'intérêt qu'il y a à protéger les officiers fédéraux d'éventuels préjugés locaux et qui sous-tend l'autorité de retirer certaines affaires présentées contre des officiers fédéraux à une cour étatique pour les confier à une cour fédérale [...]. La question de savoir si ces préoccupations constitueraient un dossier plus convainquant en faveur de l'immunité est une question qui ne nous est pas posée »⁶.

Elle précisait ensuite en note de bas de page :

« Parce que la clause de suprématie fait du droit fédéral « le droit suprême du pays »,

Art. VI, § 2 [de la Constitution des États-Unis], tout contrôle direct du Président par une cour étatique, Président dont la principale responsabilité est d'assurer que ces lois soient « fidèlement exécutées », Art. II, sect. 3, est susceptible d'impliquer des préoccupations qui sont relativement différentes de celles relatives à la séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement fédéral auxquelles on s'intéresse ici »⁷.

Ainsi, la question de savoir si le Président Trump pourrait bénéficier d'une immunité dans l'affaire qui nous intéresse n'avait effectivement pas été tranchée en 1997. La stratégie de ses avocats ne consiste pas à demander un revirement de jurisprudence sur le problème de l'immunité civile du Président quand sont en cause des actes non officiels, mais que les deux affaires, *Clinton v. Jones* et *Zervos v. Trump*, soient distinguées en raison du juge devant lequel elles ont été l'une et l'autre portées. L'idée qui sous-tend leur argumentation est qu'il existerait une immunité civile du Président des États-Unis devant le juge fédéré qui n'a pas encore été « découverte » par le juge. Cette nouvelle immunité serait justifiée par la volonté de protéger le Président des États-Unis des intrusions des États dans l'exercice de ses fonctions constitutionnelles : la crainte est qu'un État ne puisse, par l'intermédiaire de ses juges, interférer avec l'accomplissement

par le Président de son devoir constitutionnel de veiller à ce que le droit soit fidèlement exécuté, méconnaissant ainsi la clause de suprématie de la Constitution. Comme l'écrit Laurence Tribe dans son manuel de droit constitutionnel dont la deuxième édition est d'ailleurs citée dans l'opinion de la Cour suprême dans sa décision de 1997 (*Ibid.*), « en l'absence d'un consentement explicite du Congrès, aucun État ne peut ordonner aux officiers, aux agences gouvernementales ou aux agents fédéraux d'agir en dérogation aux responsabilités fédérales qui leur ont été déléguées de manière valide »⁸.

La question est alors de savoir si le principe du fédéralisme interdit tout exercice de leur fonction juridictionnelle par les tribunaux étatiques lorsque le défendeur est le Président des États-Unis. Au regard du traitement qui a été fait de la question parallèle de la conformité au principe de la séparation des pouvoirs, il paraît douteux que soit reconnue au Président une immunité civile absolue quand sont contestés ses actes privés devant le tribunal d'un État. Néanmoins, il reste que le problème n'a jusqu'à présent jamais été posé. Au-delà du principe de l'immunité, l'enjeu est peut-être à nouveau de savoir quel degré d'ingérence justifierait en pratique l'ajournement de l'action civile jusqu'à la fin du mandat du Président Trump. Force est de constater que le seul argument que

les poursuites juridictionnelles empièteraient sur l'emploi du temps chargé du Président et porteraient par là même atteinte à ses devoirs constitutionnels, risque de ne pas suffire à convaincre le juge.

¹ Voir, par exemple, les argumentations opposées d'A. BICKEL, « The Constitutional Tangle », *The New Republic*, 6 octobre 1973, p. 14-15, et d'A. R. AMAR et B. C. KALT, « The Presidential Privilege Against Prosecution », *Nexus*, vol. 2, 1997, p. 12-16.

² Le dernier arrêt a été en partie traduit en français et l'ensemble de l'affaire présentée et analysée par E. ZOLLER dans son ouvrage *De Nixon à Clinton : Malentendus juridiques transatlantiques*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Béhémot », 1999, p. 37-66.

³ « *We consider this immunity a functionally mandated incident of the President's unique office, rooted in the constitutional tradition of the separation of powers and supported by our history* » (*Id.*, p. 749).

⁴ A. V. DICEY, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, p. 177-179.

⁵ M. COSNARD, « Immunités », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2003, p. 805.

⁶ « *because the claim of immunity is asserted in a federal court and relies heavily on the doctrine of separation of powers that restrains each of the three branches of the Federal Government from encroaching on the domain of the other two [...], it is not necessary to consider or decide whether a comparable claim might succeed in a state tribunal. If this case were being heard in a state forum, instead of advancing a separation of powers argument, petitioner would presumably rely on federalism and comity concerns, as well as the interest in protecting federal officials from possible local prejudice that underlies the authority to remove certain cases brought against federal officers from a state to a federal court [...]. Whether those concerns would present a more compelling case for immunity is a question that is not before us* » (*Id.*, p. 691).

⁷ « *Because the Supremacy Clause makes federal law "the supreme Law of the Land," Art. VI, cl. 2, any direct control by a state court over the President, who has principal responsibility to ensure that those laws*

are "faithfully executed," Art. II, §3, may implicate concerns that are quite different from the interbranch separation of powers questions addressed here » (*Id.*, p. 691, note 13).

⁸ « *absent explicit congressional consent no state may command federal officials, instrumentalities, or agents to take action in derogation of their validly delegated federal responsibilities* » (L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, 3^e éd., p. 513).

le 15 juin 2017

Guerres américaines et pouvoirs du Congrès fédéral : Trump et Obama, même(s) combat(s)

Thibaut Fleury Graff

**Professeur,
Université Rennes I (IDPSP)**



Pentagone, Arlington, Virginia

© Mariordo Camila Ferreira & Mario Duran CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

En décidant, ces dernières semaines, de frapper militairement des positions de l'armée syrienne, le Président des Etats-Unis a relancé le débat relatif à la légalité interne d'une telle décision. Or, ni la Constitution de 1787, ni la War Powers Resolution de 1973 n'offrent de réponse certaine sur ce point : tout est donc question d'interprétation, et Donald Trump peut - hélas - se prévaloir de celle du constitutionnaliste Barack Obama pour fonder en droit les frappes d'avril et mai dernier.

La guerre n'est pas étrangère aux constitutions qui, si elles ne peuvent ni les organiser ni ne les réglementer – c'est affaire de droit international humanitaire – s'efforcent parfois d'encadrer certains de leurs aspects internes. Tel est le cas de la Constitution française de 1958, telle que révisée en 2008, sans que celle-ci ne prête sur ce point à beaucoup de débats : le Parlement autorise la déclaration de guerre ; à défaut, le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, intervention qui ne doit être autorisée par le pouvoir législatif que dans l'hypothèse où elle excède quatre mois¹. La Constitution américaine est plus lapidaire – et se trouve être de ce fait la source de nombreux débats, relancés ces dernières semaines par la décision du Président Trump,

prise sans autorisation aucune, de frapper lourdement une base de l'armée de l'air syrienne, ainsi que les positions de milices favorables au régime baasiste.

Ce que dit la Constitution des Etats-Unis

En vertu de l'article 1^{er}, section 8, de la Constitution fédérale, « le Congrès [a] le pouvoir (...) de déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marque et de représailles, et d'établir des règlements concernant les prises sur terre et sur mer ». C'est également au pouvoir législatif qu'il revient « de lever et d'entretenir des armées », « de créer et d'entretenir une marine de guerre » et, enfin, « d'établir des règlements pour le commandement et la discipline des forces de terre et de mer ». Quant au Président, seul détenteur du pouvoir exécutif, il est, en vertu de l'article 2, section 2, le « commandant en chef de l'armée et de la marine des Etats-Unis (...) ». A la différence de la Constitution française, le cas d'une intervention militaire hors déclaration de guerre n'est ainsi pas prévu par le texte constitutionnel. Faut-il en déduire que ce type d'intervention serait possible à la seule discrétion du Président, en sa qualité de chef des armées ? Rien n'est moins sûr.

D'abord, parce que la volonté des Pères fondateurs d'éviter tout retour

au système monarchique, et d'encadrer ce faisant étroitement les pouvoirs du Président, plaide pour une autorisation systématique – systémique, pourrait-on dire – du pouvoir législatif en cas de volonté de l'exécutif d'engager les forces armées à l'étranger. Ainsi selon James Wilson, les pouvoirs du Roi britannique « ne peuvent constituer un modèle » pour définir les pouvoirs du Président, car certains de ceux que détenait le premier « relèvent par nature du pouvoir législatif – ainsi, entre autres, de celui de faire la guerre et la paix »². Le même affirmait déjà, devant la Convention de ratification de Pennsylvanie, que le système constitutionnel proposé « n'encouragera pas les guerres », car le pouvoir d'y impliquer les Etats-Unis « n'appartient pas à un seul », mais au Congrès³. Enfin, et pour s'en tenir ici aux exemples les plus illustratifs, dans le n°69 des *Federalist Papers*, Hamilton rappelle que la Constitution prive le Président des pouvoirs que détenait le Roi – ainsi, notamment, du pouvoir de déclarer la guerre et de lever des armées.

Ensuite, parce que la Cour suprême, rapidement saisie de ces questions, a opté pour une interprétation large de la définition constitutionnelle de la guerre. Saisie en 1800 et 1801 d'affaires mettant en cause les pouvoirs du Président d'ordonner la saisie de navires à l'occasion de la « quasi-guerre » avec la France

– « quasi » parce que limitée temporellement, spatialement et matériellement, « guerre » parce qu'impliquant le recours à la force armée entre deux Etats – la Cour, tout juste *marshalienne*, jugea que le Congrès peut « autoriser des hostilités générales ou partielles », dès lors que « la totalité des pouvoirs relatifs à la guerre sont confiés par la Constitution des Etats-Unis au Congrès »⁴. Mais Marshall ne faisait que reprendre là une solution rendue l'année précédente : même « imparfaite » parce que limitée à certains lieux, à certaines personnes et à certaines choses, une guerre en demeure une dès lors que des actes d'hostilités, même non déclarés comme « guerre », s'inscrivent dans le cadre d'un « conflit externe armé entre certains membres de deux nations »⁵. L'autorisation législative, même indirecte, semble ainsi toujours nécessaire pour l'engagement des forces armées américaines : la Cour l'a répété dans le contexte de la guerre de Sécession⁶.

Cette interprétation de la Constitution est limpide, et a certainement pour elle l'avantage, outre d'être défendue par certains des constitutionnalistes américains les plus reconnus – un Bruce Ackerman⁷, un Louis Fischer⁸ – d'être la plus contraignante pour le pouvoir exécutif, chef de l'armée qui demeure aujourd'hui, rappelons-le pour mieux souligner l'enjeu, la plus puissante au monde. Elle peut en outre se revendiquer d'une certaine

pratique, y compris ces dernières années : le Congrès a ainsi autorisé le recours aux forces armées des Etats-Unis en 2001 « contre les responsables des attaques dirigées » contre ceux-ci et en 2002 contre l'Irak⁹.

La Constitution, cependant, n'est plus seule. Et quand bien même elle le serait, l'argument de l'*original intent* doit, encore et toujours, faire face à celui de la *living constitution*.

Ce qu'a changé la loi sur les pouvoirs de guerre de 1973

La Constitution n'est plus seule car le Congrès a adopté en 1973, pensant bien faire mais il fit mal, une *War Powers Resolution*¹⁰ supposée renforcer les pouvoirs dont venaient de le priver les Présidents Truman et Nixon. Truman parce qu'il engagea les Etats-Unis dans la Guerre de Corée au seul titre de la résolution 83 des Nations unies autorisant le recours à la force, Nixon parce qu'il refusa de retirer les troupes américaines du Vietnam alors que le Congrès avait voté, lui, le retrait de la *Gulf of Tonkin resolution* autorisant cette intervention. Las, la loi de 73 légalise ce qu'elle voulait encadrer : en disposant que le Président, hors guerre déclarée autorisée par le Congrès ou menée en réponse à une attaque « contre les Etats-Unis, ses territoires ou possessions, ou ses forces armées », doit

solliciter l'autorisation du Congrès pour toute intervention militaire de plus de soixante jours, la loi autorise *a contrario* le Président à engager les Etats-Unis dans des hostilités n'excédant pas cette durée.

On peut pour cela juger la loi de 1973 inconstitutionnelle. Mais on peut aussi considérer, au prix d'une autre lecture de la Constitution que celle exposée plus haut, juger que tel n'est pas le cas.

D'abord, parce que le texte de 1787 ne fait jamais que confier au Congrès le pouvoir « de déclarer la guerre ». Or, il s'agit là – qui pourrait le contester sérieusement ? – d'une procédure formelle, ancienne et surtout désuète, visant pour la Nation qui l'adopte à informer la nation ennemie d'un changement de nature de leurs relations diplomatiques. Autrement dit, la déclaration de guerre, comme son nom l'indique, n'a pas pour objet de « déclencher » la guerre, mais simplement de la « déclarer » formellement : elle ne serait qu'une précaution diplomatique vieillie, sans incidence au demeurant sur le pouvoir du Président de déclencher les hostilités. Qui plus est, le texte confère au Congrès de nombreux pouvoirs pour empêcher un Président de mener à bien une guerre à laquelle il s'opposerait – à commencer par celui de le priver des financements nécessaires. Madison lui-même n'affirmait-il pas qu'en

Grande-Bretagne comme en Amérique, « l'épée est aux mains de [l'exécutif], la bourse aux mains du [législatif] » ?¹¹ N'est-ce pas la décision du Congrès de cesser de financer la guerre du Vietnam qui contraint les troupes américaines à s'en retirer ?

Ensuite, parce que la pratique témoigne de nombreux engagements militaires américains sans autorisation du Congrès. Des guerres indiennes du XIXe siècle aux interventions dans les Balkans, en passant par les opérations contre les pirates et les communistes coréens, sans parler des interventions plus récentes en Libye, au Pakistan, en Somalie ou en Syrie, la « tradition américaine en matière de politique étrangère » permet d'affirmer que « ni les Présidents, ni les Congrès successifs n'ont agi en pensant que la Constitution requerrait une déclaration de guerre avant que les Etats-Unis ne puissent mener des opérations militaires à l'étranger »¹². On pourra nous reprocher, et l'on n'aura pas tort, d'emprunter cette citation à John Yoo, dont la propension à défendre les pouvoirs du Président l'a conduit à défendre le pire sous la présidence de G.W. Bush. Nous reprochera-t-on de noter que Barack Obama a largement fait sienne cette argumentation ?

Car là est le paradoxe : le précédent Président américain disposa durant ses deux mandats de nombreuses occasions

pour résoudre le dilemme constitutionnel de l'autorisation législative en matière d'engagement des forces militaires en un sens favorable au Congrès. Sous sa présidence, les territoires libyen, pakistanais, somalien, syrien ont fait l'objet de frappes américaines – sans autorisation du Congrès. Allant jusqu'à reprendre l'argumentation constitutionnellement farfelue, pour dire le moins, de Truman, Obama justifia l'intervention américaine en Libye sans autorisation législative – mais avec celle de l'ONU – par la nécessité de préserver la crédibilité et l'efficacité du Conseil de Sécurité des Nations unies. Il y ajouta, conscient peut-être de la faiblesse de l'argument, la durée, l'étendue et la nature limitées des opérations militaires, ainsi que la « défense des intérêts nationaux » que constitue « la stabilité au Moyen-Orient »¹³ – un argument repris par Donald Trump le 6 avril dernier lorsqu'il s'est agi de justifier les frappes contre la base militaire syrienne. Certes, en 2013, Obama opposa au Président français, prêt à intervenir contre Bachar El-Assad, le nécessaire recours au Congrès : mais, crut-il bon de préciser aussitôt, il s'agissait là d'une nécessité politique, non constitutionnelle. Les frappes contre les positions de l'Etat islamique en Syrie, ou d'Al-Qaeda au Pakistan, ne furent quant à elle jamais autorisées – et font de ce fait, aujourd'hui, l'objet d'un recours devant une Cour fédérale¹⁴.

« This time, Obama has the Constitution about right », écrit John Yoo en 2012 à propos de la décision du Président d'engager les troupes américaines en Libye sans autorisation législative. Il n'eut, en 2017, qu'à recopier son article pour saluer l'intervention de Trump en Syrie¹⁵. Seuls les noms des Présidents ont changé. La politique constitutionnelle est, elle, restée la même. Trump, Obama : mêmes combats militaires, même combat constitutionnel. On n'en attendait pas moins de « The Donald ». Peut-être un peu plus du Prix Nobel de la Paix 2009.

¹ Article 35.

² J. Elliott, « Debates in the Federal Convention from Monday 14, 1787 until its Final Adjournment, Monday, September 17, 1787 » in *The Debates in the Several State Conventions, on the adoption of the Federal Constitution*, Washington 1836, vol. 5, June 1st, 1787, disponible à l'adresse : http://teachingamericanhistory.org/ratification/elliott/vol5/0601_1787/

³ « James Wilson, Pennsylvania Ratifying Convention, 11 Dec. 1787 » in Philip B. Kurland, R. Lerner (eds.), *The Founder's Constitution*, Chicago UP and Liberty Fund, disponible à l'adresse <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch7s17.html>

⁴ *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. 1 (1801).

⁵ *Bas v. Tingy*, 4 U.S. 37 (1800).

⁶ *Prize Cases*, 67 U.S. 635 (1863).

⁷ B. Ackerman, « Trump Must Get Congress's O.K. on Syria », *The New York Times*, April 7, 2017.

⁸ L. Fischer, « Only Congress can Declare War », *ABA Journal*, Feb. 01, 2012.

⁹ « Joint Resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States », 115 Stat. 224 et « Authorization for Use of Military Force Against Iraq », 116 Stat. 1498.

¹⁰ 50 U.S.C. 1541-1548

¹¹ J. Elliott, « Debates in the Federal Convention from Monday 14, 1787 until its Final Adjournment, Monday, September 17, 1787 » in *The Debates in the Several*

State Conventions, on the adoption of the Federal Constitution, Washington 1836, vol. 3, June 14th, 1788, p.393.

¹² J. Yoo, « War Powers Belong to the President », *ABA Journal*, Feb. 1, 2012, disponible à l'adresse http://www.abajournal.com/magazine/article/war_powers_belong_to_the_president

¹³ Les arguments sont développés dans le « Memorandum opinion for the Attorney General » de l'*Office for Legal Counsel*, April 1st, 2011 disponible à l'adresse <https://fas.org/irp/agency/doj/olc/libya.pdf>

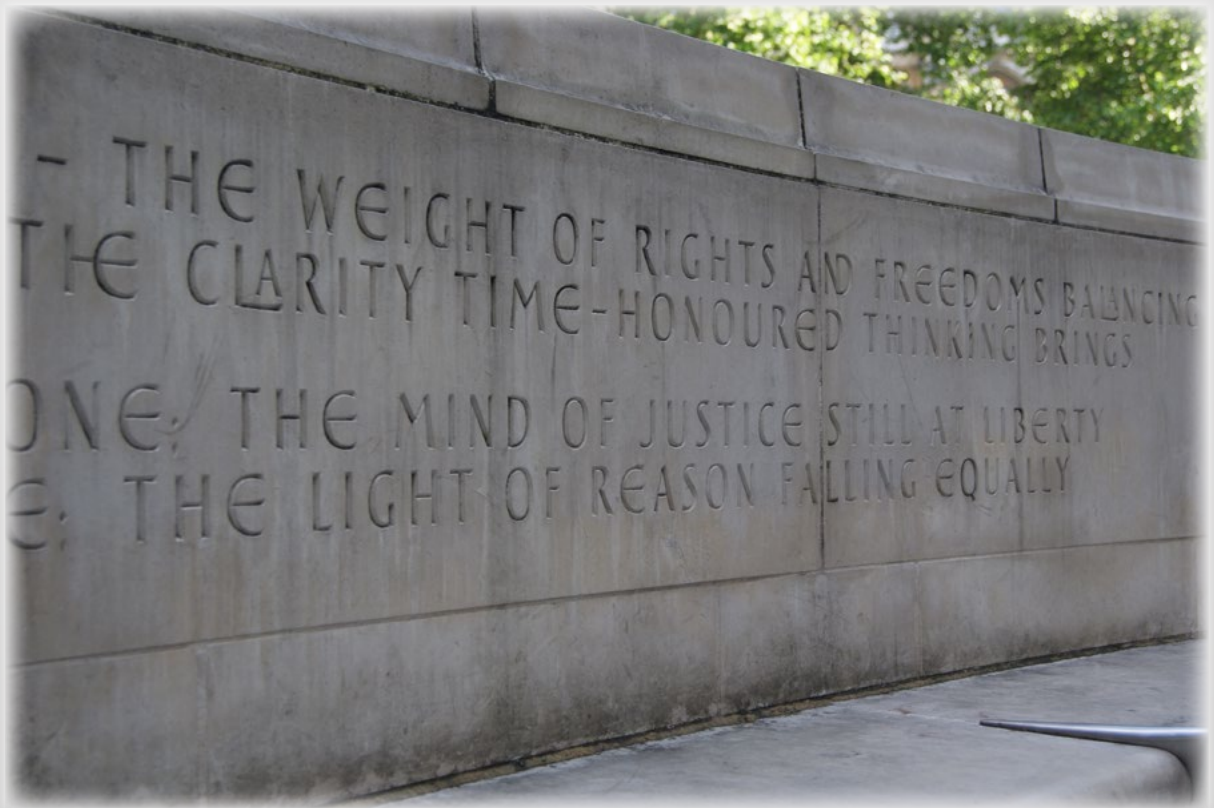
¹⁴ United States District Court for the District of Columbia, *Smith v. Obama*. Le recours introductif d'instance est disponible à l'adresse : https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Public_Affairs/smithvobama.pdf

¹⁵ Comp. J. Yoo, « War Powers Belong to the President », *ABA Journal*, February 1, 2012 et, du même auteur, « Trump's Syria Strike Was Constitutional », *National Review*, April 13, 2017.

*Royaume Uni /
Brexit*

le 25 janvier 2017

L'arrêt Miller de la Cour suprême du Royaume-Uni : une traduction des passages principaux



Banc devant la Cour suprême, Londres

© Smuconlaw CC BY-SA 4.0

blog.juspoliticum.com

« Nous ne pouvons pas accepter qu'un changement majeur à l'organisation constitutionnelle du Royaume-Uni soit accompli par les seuls ministres ; il doit être effectué de la seule manière reconnue par la constitution du Royaume-Uni, à savoir la législation parlementaire ».

[note du traducteur: le jugement a été rendu par une majorité de 8 juges contre 3. L'opinion de la Cour a été rendue par Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption, Lord Hodge ; Lord Reed, dans la minorité, a rédigé la principale opinion dissidente ; on s'est borné à traduire ici sommairement les principales formules de l'arrêt, qui compte au total 97 pages. Il ne s'agit pas d'une traduction scientifique, mais d'une aide à la lecture de cette décision majeure par le public français. Denis Baranger].

R.

(on the application of Miller and another (...) v. Secretary of State for Exiting the European Union

Jugement rendu le 24 janvier 2017

OPINION DE LA MAJORITE

[Sur l'autorité compétente pour notifier le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne]

3. (...) Cet arrêt n'a rien à voir avec des questions telles que la sagesse de la décision de se retirer de l'Union européenne, les termes de ce retrait, le calendrier ou les arrangements pour y parvenir, ou les détails d'une future relation avec l'Union européenne. Ce sont là des problèmes politiques, qu'il appartient aux ministres et au Parlement de résoudre. Ce ne sont pas des problèmes qu'il revient aux juges de résoudre. Leur devoir est de trancher les problèmes de droit qui leur sont soumis par des individus et des entités exerçant leurs droits d'accès aux juridictions dans une société démocratique.

4. Parmi les points de droit les plus importants qu'il revient aux juges de trancher se trouvent des problèmes touchant à l'organisation constitutionnelle du Royaume-Uni. La présente instance soulève de telles questions (...) non parce qu'elles concernent la participation du Royaume-Uni à l'Union européenne [mais parce qu'elles concernent] (i) l'étendue du pouvoir des ministres d'opérer des changements dans le droit interne par l'exercice de leurs pouvoirs de la prérogative dans le domaine international, et (ii) la relation entre le gouvernement du Royaume-Uni et le Parlement d'un côté, et les administrations d'Ecosse, du Pays de Galles et d'Irlande du Nord d'autre part.
(...)

82. Par la loi de 1972 [*European Communities Act 1972*] le Parlement a accepté et donné effet à l'adhésion future du Royaume-Uni à l'Union européenne, et [ce texte a joué le rôle d'un] point de départ stable du point de vue du droit interne. La question consiste à savoir si ce point de départ interne, adopté par le Parlement, peut-être mis de côté (...) par une décision de l'exécutif britannique sans une autorisation parlementaire expresse [en ce sens]. Nous ne pouvons pas accepter qu'un changement majeur à l'organisation constitutionnelle du Royaume-Uni soit accompli par les seuls ministres ; il doit être effectué de la seule manière reconnue par la constitution du Royaume Uni, à savoir la législation parlementaire (*ndt* : nous soulignons). Cette conclusion nous semble se déduire de l'application ordinaire des concepts de base du droit constitutionnel.
(...)

86. (...) Les traités [constitutifs] de l'Union européenne ne concernent pas seulement les relations internationales du Royaume-Uni. Ils sont une source de droit (*law*) interne, et ils sont une source de droits individuels (*rights*) internes dont beaucoup sont inextricablement liés à du droit interne procédant d'autres sources. Par conséquent, la prérogative de faire et de défaire les traités, qui opère exclusivement sur le plan international, ne peut pas être exercée en relation avec les

traités de l'Union européenne, du moins en l'absence d'autorisation interne sous la forme appropriée [à savoir] une loi parlementaire.
(...)

94. (...) Si les ministres procèdent à la notification [prévue à l'article 50 TUE] sans que le Parlement les y ait auparavant autorisés, les dés seront jetés avant que le Parlement ait pu être associé formellement [à la procédure de retrait] (...). La balle sortira du canon du pistolet avant que le Parlement ait pu donner l'autorisation requise pour appuyer sur la détente.

105. (...) Nul ne doute que, sur la base [du TUE et du TFUE] les ministres ont le pouvoir de notifier le retrait sur le fondement de l'article 50 (2) ; la question que nous avons à trancher consiste à savoir s'ils peuvent le faire sur la base des pouvoirs de la prérogative ou seulement avec l'autorisation du Parlement.

[sur les effets du référendum]

117-118. Le référendum est une chose relativement nouvelle dans la pratique constitutionnelle du Royaume-Uni (...) L'effet de chaque référendum doit dépendre des termes de la loi qui l'a autorisé. Qui plus est, la législation autorisant les référendums a en général prévu quelles en seraient les conséquences [à savoir si les effets seraient

seulement facultatifs ou au contraire obligatoires, mais la loi de 2015] ne contient aucune disposition relative à la question des conséquences juridiques du résultat [du référendum sur la sortie de l'Union européenne].

121. [Dès lors] le changement juridique doit être opéré de la seule manière que permet la constitution britannique, à savoir la législation parlementaire.

124. Donc, le référendum de 2016 n'a pas changé le droit d'une manière qui autoriserait les ministres à faire se retirer le Royaume-Uni de l'Union européenne en l'absence d'une loi.

OPINION DISSIDENTE DE LORD REED

(...)

177. J'accepte sans réserves l'importance dans notre droit constitutionnel du principe de suprématie parlementaire dans le domaine de notre droit interne (...) toutefois, ce principe n'exige pas que le Parlement adopte une loi avant que le Royaume Uni puisse quitter l'Union européenne. La raison en tient au fait que l'effet donné par le Parlement au droit de l'Union européenne dans notre droit interne, par le moyen de la loi de 1972, est de manière inhérente conditionnée par l'application des traités de l'Union européenne au Royaume-Uni, et donc à l'adhésion du Royaume-Uni à

l'Union européenne. La loi n'impose aucune exigence, et ne manifeste aucune intention, quand à l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne. Elle n'affecte donc pas l'exercice par la Couronne des pouvoirs de la prérogative en ce qui concerne l'adhésion du Royaume-Uni. (...) Il en résulte que les ministres sont fondés à émettre la notification sur le fondement de l'article 50, dans le cadre de leurs pouvoirs de la prérogative, sans avoir besoin de demander une autorisation procédant d'une loi du parlement supplémentaire ».

le 22 février 2017

Le jugement Miller, la dévolution et la convention Sewel

Aurélien Antoine

**Professeur,
Université Jean-Monnet de Saint Étienne /
Université de Lyon**



Cour suprême, Londres

© Rwendland CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Le jugement Miller de la Cour suprême du Royaume-Uni figure désormais au panthéon des grandes jurisprudences du droit constitutionnel britannique en ce qu'il limite encore un peu plus l'exercice de la prérogative royale. Le problème de droit relatif à la dévolution qui était également posé n'en paraît pas moins fondamental.

Selon les parties qui remettaient notamment en cause le jugement de la Haute cour d'Irlande du Nord¹, le Gouvernement ou le Parlement auraient dû consulter les institutions dévolues avant de notifier le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne en vertu de l'article 50 du TFUE. L'argument principal s'appuyait sur une application et une portée étendues de la convention de la Constitution Sewel². En vertu de cette norme politique, reprise par la section 28 (8) de la loi de 1998 modifiée par le *Scotland Act* de 2016, « il est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni ne devra pas, normalement, légiférer sur les matières dévolues sans le consentement du Parlement écossais »³. La convention va même au-delà puisque le Parlement britannique doit aussi obtenir l'accord des administrations dévolues pour tout texte altérant directement leurs compétences législatives ou exécutives⁴. Or la mise en œuvre de l'article 50 du TFUE aurait cet effet dans la mesure où les entités dévolues sont contraintes, en vertu de la loi, d'assurer l'effectivité du droit de l'Union

européenne. De surcroît, le retrait de l'Union aura pour résultat de priver les nations et les populations en cause d'un certain nombre de droits et de libertés, ce qui ne serait guère concevable sans leur consentement.

La Cour suprême écarte à l'unanimité ce raisonnement. Les juges soutiennent que, « lorsque le Parlement a transposé les obligations issues du droit de l'UE dans la loi sur l'Irlande du Nord et les autres textes relatifs à la dévolution, il s'est placé dans l'hypothèse où le Royaume-Uni est membre de l'Union européenne. Ce présupposé est conforme au point de vue selon lequel seul le Parlement pourrait déterminer si le Royaume-Uni doit demeurer au sein de l'Union européenne. Mais, en imposant les obligations européennes et en investissant les institutions dévolues du pouvoir de mettre en œuvre le droit de l'Union européenne, la législation relative à la dévolution ne va pas plus loin et n'exige pas que le Royaume-Uni reste un membre de l'Union européenne ». La Cour conclut en précisant que, « au sein du Royaume-Uni, les rapports avec l'Union européenne, tout comme toute autre question de relations internationales, relèvent des compétences réservées » à Westminster⁵. Aucune compétence parallèle des parlements nationaux n'est ainsi envisageable dans le processus de retrait de l'UE, ces institutions ne jouissant de prérogatives en la matière

que pour éviter que le Royaume-Uni viole les obligations communautaires. L'argumentaire de la Cour est difficilement contestable tant il suit la répartition des compétences prévue par les lois de dévolution.

En revanche, la démonstration emporte moins la conviction lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi de 2016 qui reprend la convention Sewel dont l'effet est de limiter l'omnipotence du Parlement britannique. Les juges ont estimé qu'en dépit de sa consécration législative, ils ne sont « ni les parents ni les gardiens des conventions politiques ; ils en sont au mieux des observateurs. En tant que tels, ils peuvent reconnaître le caractère opératoire d'une convention politique dans le contexte d'un contentieux visant à trancher une question de droit, mais ils ne peuvent pas en juger l'application et la portée, car ce sont des aspects qui relèvent de la sphère politique ». Reprenant un célèbre article de Monroe⁶, la Cour confirme que « la validité des conventions ne peut faire l'objet d'un contentieux devant un tribunal »⁷.

De plus, cette convention consiste en des « moyens établissant des relations de coopération entre le parlement britannique et les institutions dévolues lorsqu'il existe un chevauchement de compétences législatives »⁸, ce qui ne signifie pas pour autant que Westminster ait abandonné

auxdites entités son pouvoir de légiférer dans les compétences dévolues comme le rappellent les textes⁹.

L'ensemble du raisonnement est conforme aux précédents qui prennent en compte des conventions de la Constitution sans en donner une autorité juridictionnelle¹⁰. En revanche, l'argumentaire des juges est-il toujours pertinent lorsque ladite convention est incluse dans une loi? Autrement dit, une convention constitutionnelle peut-elle continuer d'être une convention si elle est reprise par un acte législatif dont le juge doit assurer le respect? Pour la Cour, la réponse est positive¹¹. En se fondant sur une interprétation téléologique du *Scotland Act* de 2016, elle estime que le Parlement n'a pas souhaité conférer à la convention Sewel la portée d'une règle susceptible d'être interprétée ou appliquée par les juridictions. Pour justifier leur position, les juges considèrent que les expressions « il est reconnu » et « ne devra pas normalement légiférer » de la section 2 de la loi n'auraient pas été utilisées si le Parlement avait voulu faire de la convention une norme « justiciable ». En outre, la nature politique de la disposition est confirmée par une lecture combinée avec la section 1 qui lie l'existence des institutions dévolues et de leurs compétences à l'appartenance de l'Écosse au Royaume-Uni. Or seul le peuple écossais peut, par référendum, mettre fin à cette appartenance¹²,

décision qui est de nature politique et dont le résultat, sur le fond, ne peut être contesté devant les juridictions.

Finalement, la Cour suprême balaye rapidement la « translation » de la convention en règle de droit *stricto sensu* bien qu'il y ait peu de précédents en la matière. Thibault Guilluy nous apprend toutefois dans sa thèse¹³ que le Statut de Westminster de 1931 sur les relations entre l'Empire britannique et les colonies¹⁴ a suscité des interrogations proches de celles qui nous occupent. Il est malheureusement impossible, au regard des litiges qui concernent le Statut de Westminster, de reconnaître avec certitude qu'une convention codifiée dans une loi puisse acquérir la qualité de norme pouvant être sanctionnée par une juridiction. Le même constat s'impose pour d'autres textes qui reprennent des conventions de la Constitution comme le *Parliament Act* de 1911 sur les rapports entre les deux chambres, ou le *Constitutional reform and Governance Act* de 2010 relatif aux pouvoirs du Parlement en matière de traités internationaux. Aucune juridiction ne s'est prononcée sur les obligations et les conséquences de la violation des conventions codifiées dans ces deux lois¹⁵. La Cour suprême aurait pu développer ces exemples pour mieux justifier sa position.

Un problème essentiel s'ajoute : le Parlement étant souverain, la reconnaissance

législative d'une convention liant sa compétence peut-elle être sanctionnée par le juge ? Cette interrogation n'a pas été soulevée par la Cour suprême. Pourtant, elle nous paraît non moins pertinente que l'argumentation brève retenue dans le jugement. En effet, si la convention Sewel est une règle de droit strict, elle investirait les tribunaux du pouvoir d'en assurer la protection en cas de violation. Or, comme cette norme vise les rapports entre Westminster et les parlements nationaux, admettre que les juridictions puissent la contrôler reviendrait à considérer qu'elles ont la compétence d'écarter une loi du Parlement britannique non conforme au *Scotland Act* à l'occasion d'un *judicial review* par exemple. Le juge ne saurait s'arroger ce pouvoir, sauf à reconnaître à la loi de 2016 un statut spécifique l'autorisant à remettre en cause la procédure législative. Si la Cour avait adopté une telle position, elle aurait fait preuve d'une audace considérable qui aurait largement dépassé le volontarisme à l'origine du rejet de la compétence du Gouvernement pour notifier le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans intervention législative. D'ailleurs, dès lors que la Cour consacre au préalable la compétence des parlementaires pour autoriser la mise en œuvre de l'article 50, il aurait été difficile de soutenir qu'ils dussent se contraindre en consultant les parlements dévolus.

Une telle analyse ne doit pas occulter la conclusion de la Cour suprême qui souligne qu'elle ne « sous-estime pas l'importance des conventions constitutionnelles ». Elle indique simplement que seul le respect du principe de *rule of law* lui incombe, non celui d'assurer l'effectivité de l'application de conventions¹⁶. En lisant entre les lignes, cette dernière conclusion des juges sonne tout de même comme un avertissement au pouvoir politique. Ils insistent sur « le rôle important que joue la convention Sewel pour faciliter des relations harmonieuses entre le Royaume-Uni et les législatures dévolues ». Partant, le Parlement doit s'assurer que, politiquement, la qualité des rapports verticaux entre le centre et la périphérie soit préservée. Cependant, à l'issue de l'adoption par les Communes du projet de loi autorisant le Gouvernement à actionner l'article 50 du TFUE, force est de constater qu'aucun amendement n'a été adopté afin de garantir la prise en compte des positions des entités écossaises, galloises et nord-irlandaises. À défaut d'un règlement amiable entre les institutions britanniques et dévolues, la menace du recours à d'autres moyens politiques plus radicaux comme les référendums d'indépendance en Écosse et de réunification en Irlande du Nord pourraient devenir rapidement réalité. Un moyen juridique en apparence secondaire dans le jugement *Miller* recèle ainsi un écueil politique majeur pour le Royaume-Uni.

¹ Voy. notre billet <http://blog.juspoliticum.com/2016/11/16/chronique-du-brexit-novembre-2016/>.

² Du nom de Lord Sewel qui avait la charge d'assurer la progression du projet de loi sur l'Écosse devant le Parlement en 1998.

³ La loi relative au Pays de Galles, qui a reçu l'assentiment royal le 31 janvier 2017, contient la même formulation.

⁴ § 140 du jugement.

⁵ § 129.

⁶ *Laws and Conventions Distinguished* (1975) 91 *Law Quarterly Review*, p. 228.

⁷ § 146.

⁸ § 136.

⁹ Sect. 5 (6) du *Northern Ireland Act* ; sect. 28(7) du *Scotland Act* de 1998 et sect. 107 (5) du *Government of Wales Act* de 2006.

¹⁰ Not. *British Coal Corporation v The King* (1935) A.C. 500 ; *Attorney General v Jonathan Cape Ltd* [1976] 1 QB 752 ; *Re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 SCR 753 (jugement de la Cour suprême du Canada) ; *Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645 ; *Court of Session, Imperial Tobacco v Lord Advocate* 2012 SC 297. La Cour cite également l'article 9 du *Bill of Rights*.

¹¹ § 148.

¹² Sect. 1 insérant un article 63A (3).

¹³ Th. Guilluy, *Du self-government des Dominions à la Dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Thèse paris II, 2014, pp. 185 et s.

¹⁴ Selon le Statut, les lois impériales « ne peuvent faire partie du droit d'un dominion qu'à la demande et avec le consentement de celui-ci ».

¹⁵ Toutefois, dans l'affaire *Jackson* de 2005, les juges de la Chambre des Lords interprètent et donnent pleine valeur juridique à la loi de 1911 pour apprécier la validité du *Parliament Act* de 1949 sans qu'ils ne s'interrogent sur l'origine conventionnelle d'un certain nombre de conventions de la Constitution.

¹⁶ § 151.

le 20 mars 2017

La résolution du scandale des notes de frais des MPs au Royaume-Uni ou les bienfaits de la morale constitutionnelle

Céline Roynier

**Professeur,
Université de Rouen Normandie**



Cour suprême, Londres

blog.juspoliticum.com

Le scandale des notes de frais des MPs qui a eu lieu en mai 2009 au Royaume-Uni et la manière dont il a été résolu donnent un éclairage de droit comparé intéressant sur « l'affaire Fillon ». La résolution de cette crise a en effet trouvé son ressort principal dans une morale authentiquement constitutionnelle en vertu de laquelle nul, y compris les parlementaires, ne doit être juge et partie.

Les périodes d'élections présidentielles impliquent fort logiquement une concentration de l'attention des électeurs et des médias sur la vie politique nationale. Cela ne doit toutefois pas constituer un obstacle au décentrement du regard, et ce d'autant plus, quand d'autres cultures constitutionnelles peuvent être, si ce n'est de sources d'inspiration, du moins de point de comparaison. Dans cette perspective, l'ensemble des révélations lié à ce qu'il est désormais commun d'appeler « l'affaire Fillon » entre très fortement en résonance avec le « scandale des notes de frais » (*Expenses scandal*) qui a eu lieu au Royaume-Uni en mai 2009.

Rappelons succinctement les faits de cette affaire de 2009.

En 2008, une Divisional Court de la *High Court of Justice* autorise la publication

des dépenses parlementaires sur le fondement du *Freedom of Information Act 2000*, entré en vigueur en 2005 et consacrant un droit du public à l'information. La liste qui avait été élaborée par la Chambre des Communes à destination du public était incomplète, mais le *Daily Telegraph* parvient à se procurer une liste bien plus détaillée de ces dépenses. Ce journal la publie, dissipant ainsi entièrement l'opacité sur la gestion de ces dépenses. Les contribuables britanniques ont alors pu par exemple découvrir qu'ils avaient financé une bonne partie des frais d'entretien et d'ameublement des résidences secondaires des membres de la Chambre des Communes.

Les points communs avec l'affaire Fillon sont frappants : l'impulsion de départ est bien donnée par une volonté de transparence de la vie publique dont le vecteur a finalement été la presse ; les mis en cause étaient des parlementaires expérimentés – ce qui rejoint l'argument avancé fréquemment qu'il y a eu un changement de culture, depuis le début des années 2000, dans la manière d'envisager ce que doit être le « public », et dans les deux cas, des poursuites pénales ont été engagées. Il est donc possible de rapprocher l'« affaire Fillon » de cette affaire britannique de 2009.

Au Royaume-Uni, ce scandale a entraîné un certain nombre de réformes constitutionnelles et la manière dont le problème a été traité Outre-Manche a eu pour

effet de faire ressortir l'importance du lien qui existe entre morale et droit constitutionnel. Employer le terme de « morale » dans la vie politique française est bien souvent délicat et cela peut parfaitement se justifier au regard de l'histoire politique française ; le terme renvoie immédiatement au conservatisme. En outre, la « morale » dans la culture juridique française est assez systématiquement synonyme de subjectivité. C'est précisément sur ce point que le précédent britannique est instructif. La manière, en effet, dont a été traité le problème du scandale des notes de frais des parlementaires correspond très largement à une réactivation d'une morale constitutionnelle élémentaire, et surtout objective. Il s'agit en conséquence ici de donner une illustration de ce que peut être une morale authentiquement constitutionnelle (1) avant de décrire la manière dont cette morale a permis de trouver des solutions face à ce scandale des notes de frais (2).

1. Une morale authentiquement constitutionnelle

Comme cela a déjà été souligné dans un post précédent ([V. JP Blog, post du 23 février 2017](#)) portant sur la défense de F. Fillon fondée sur une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, ce dernier a commis une « faute morale ». Or, c'est bien cette morale qui est au fondement de la séparation des pouvoirs,

comme l'a montré l'histoire constitutionnelle anglaise. Sur ce point, il est par exemple possible de se référer à E. Burke. Ce dernier explique en effet dans ses *réflexions sur la Révolution de France* que « l'un des premiers objets de la société civile, objet qui devient une de ses règles fondamentales, est que personne ne soit juge de sa propre cause » (Hachette 1989, p. 75). Cette règle imprègne toute la constitution britannique : il ne s'agit pas là d'une expression du conservatisme de Burke. Elle est simple, rudimentaire, peut-être même évidente, surtout pour les juristes. Mais, il s'agit bien d'une règle morale, d'une part, parce qu'il s'agit d'une règle pré-politique sans laquelle la justice ne peut que difficilement exister ; d'autre part, parce qu'être juge dans sa propre cause est le premier droit de « l'homme naturel », selon Burke, auquel le membre d'une société *doit renoncer*. Cette règle est particulièrement importante dans une culture juridique où le Parlement a été, pendant longtemps, la « Haute Cour du Parlement », formule qui permet de ne pas oublier que la détermination du bien public en droit constitutionnel britannique est fondamentalement une question de justice. Dans ce contexte, la morale est bien une morale *constitutionnelle* : elle contribue à une détermination juste du bien public. L'un des avantages de cette morale est qu'elle peut être techniquement déclinée aussi bien sur le plan institutionnel – par la séparation des pouvoirs

par exemple – que sur le plan individuel – par l'éthique et la déontologie. C'est bien cette morale constitutionnelle rudimentaire qui a conditionné et déterminé la résolution de la crise des parlementaires en 2009 au Royaume-Uni.

2. Les bienfaits de la morale constitutionnelle

Tant le *Daily Telegraph* que les juristes britanniques ont souligné que l'origine du problème des scandales politico-financiers des parlementaires se trouvait en grande partie dans la section 28 du *Financial Act 1984*. G. Little et D. Stopforth montrent en effet dans un article publié à la *Modern Law Review* (2013, 76(1) MLR, p.83-108) que c'est cette section 28 du *Finance Act 1984* qui a définitivement fait de l'*Additional Costs Allowance* (ACA), créée en 1971, la chose des parlementaires. Précisons que ces ACA ont pour but de compenser les frais que peuvent engager les MPs dont la circonscription est éloignée de Londres. Le contexte de l'adoption de cette section 28 est en lui-même très intéressant puisque celle-ci est le fruit de la victoire des membres du Parlement dans les négociations qui avaient été menées avec le Ministre de la Justice sur la question du régime fiscal des ACA, la discussion ayant été déclenchée par le fait que l'*Inland Revenue* (Administration fiscale) voulait pouvoir contrôler l'utilisation de ces

ACA et les soustraire au pouvoir du bureau des dépenses de la Chambre des Communes. Le ministre de la Justice avait alors conclu qu'il s'agissait d'un « *very real parliamentary problem* » (« Un problème parlementaire bien réel », cité par Little et Stopforth, p. 94)... Une entente entre le Ministre de la Justice, le *Chief Whip*, le *Financial Secretary to the Treasury* et le *Lord Privy Seal* a finalement abouti à la soustraction de ces ACA à tout contrôle extérieur aux Communes. La crainte du conflit avec les parlementaires ainsi que l'idée que, de toute manière, le grand public devait déjà penser que ces ACA n'étaient pas imposables l'ont emporté sur les arguments de l'Administration fiscale. Les Parlementaires avaient donc acquis la maîtrise totale de ces ACA. C'est ainsi par exemple qu'en 2008, un parlementaire était autorisé à facturer plus de 23 000£ (non-imposable) pour de l'ameublement, des locations etc. à la Chambre de Communes (A.W. Bradley et al. *Constitutional and Administrative Law*, Pearson, 2015, p. 233). Les cas étaient tous particuliers mais ils ont provoqué la colère unanime des Britanniques.

Comment cette crise provoquée par les révélations du *Daily Telegraph* a-t-elle été résolue ?

Cette dernière l'a été par le droit constitutionnel.

Tout d'abord, ces comportements ont été sanctionnés par les règles de la responsabilité politique : certains ministres ainsi que le *Speaker* ont démissionné. Ce dernier présidait en effet le comité des estimations chargé de l'application du régime des ACA.

Ensuite, la règle selon laquelle nul ne doit être juge et partie a déployé tous ses effets et a permis une réaction extrêmement rapide du gouvernement. Ce dernier a, dans un premier temps, confié au *Committee of Standards in Public Life* (créé en 1994 en raison de scandales politiques ayant eu lieu dans les années 1990) la tâche de faire le point sur les questions des ACA. Dans un second temps, deux mois après le scandale, a été adoptée la loi sur les *Parliamentary Standards* (21 juillet 2009). Cette dernière crée l'*Independent Parliamentary Standards Authority* (IPSA) mettant en œuvre cette idée que les Membres des Communes ne pouvaient plus être maîtres des règles qui leur étaient applicables (« *MPs could no longer regulate themselves* »). Cette autorité, indépendante du Parlement, est chargée de déterminer les règles applicables à ces ACA de même qu'elle est chargée de leur application. Cette réactivité et ces solutions ont d'ailleurs probablement inspiré le gouvernement français, dans les mois qui ont suivi l'affaire Cahuzac, au moment de l'adoption des lois

sur la transparence de la vie publique en 2013 créant notamment la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP). Au Royaume-Uni, en 2010, la Chambre des Communes a néanmoins récupéré une partie de son autonomie concernant la déontologie des parlementaires en matière financière (*Constitutional Reform and Governance Act 2010*) mais a perdu le pouvoir de fixer les salaires de ses membres.

Cette morale constitutionnelle est encore à l'œuvre dans l'arrêt *R v Chaytor and others* du 1er décembre 2010 ([2010] UKSC 52) de la Cour Suprême. Trois membres des Communes et un membre de la Chambre des Lords avaient en effet fait appel de la décision de la Crown Court, puis de celle de la Court of Appeal, devant la Cour Suprême en se fondant sur l'ensemble de leurs privilèges et immunités parlementaires (*parliamentary privilege*) inscrit au neuvième point du *Bill of Rights* de 1689. Ce privilège protège la liberté d'expression des parlementaires dans le cadre des débats et interdit toute poursuite devant une juridiction pour les propos tenus pendant les débats. Globalement, l'argument des parlementaires consistait à soutenir que faire de fausses déclarations constituait un outrage à la Chambre et relevait ainsi de la seule compétence disciplinaire de leur Chambre, et non une infraction de droit commun (« *ordinary crime* »). La Cour

présidée par Lord Phillips juge que ce privilège parlementaire ne couvre pas le cas des infractions pénales (ici, *false accounting*).

Mais à la question de la délimitation du privilège parlementaire, s'ajoute celle du domaine de compétence exclusive (*exclusive cognisance*) de la Chambre de connaître des questions d'administration et d'organisation la concernant. Sur ce dernier point, la Cour explique que le Parlement a « renoncé, dans une large mesure à avoir la connaissance exclusive des affaires administratives des deux Chambres » (§89) et qu'il faut faire une distinction entre les décisions relatives à l'administration qui sont prises par des commissions du Parlement qui sont protégées par le privilège parlementaire, et qui ne peuvent pas être attaquées devant les juridictions, et leur mise en œuvre (*implementation*) qui, elle, n'est pas protégée par ce privilège (§89). Dès lors qu'il s'agit de la mise en œuvre de ces décisions concernant l'administration de la Chambre, il existe comme un élément d'extranéité qui soustrait la mise en œuvre de la décision de la compétence exclusive du Parlement (§91-§92). La règle selon laquelle nul ne doit être juge et partie s'applique donc bien aux parlementaires. En outre, il serait possible de soutenir que ce raisonnement fait une application extrêmement rigoureuse de la séparation des pouvoirs : celui qui décide n'est pas celui qui exécute ; le juge de celui qui

décide n'est pas le juge de celui qui exécute. A l'issue de cette affaire, quatre parlementaires ont été condamnés à une peine de prison.

Au-delà de ces conséquences, le fait qu'une morale constitutionnelle puisse être facilement réactivée a différents avantages. Premièrement, elle fait apparaître toutes les mesures prises à l'encontre de tels agissements comme normales. Ensuite, elle permet une résolution sur le fond moins théâtrale et d'une certaine manière plus charitable qu'en France parce que les parlementaires britanniques ont eu la possibilité de rembourser volontairement, du moins en apparence, les sommes qu'ils avaient indûment perçues. Enfin, il s'agit d'une morale constitutionnelle, ce qui signifie qu'elle concerne aussi bien les gouvernants que les gouvernés. Si la section 28 du Financial Act 1984 avait fait l'objet d'un débat parlementaire et si les médias avaient été attentifs à cette section 28 en 1984, le « *very real parliamentary problem* » serait plus rapidement devenu le problème de tous.

Je remercie vivement Thomas Poole, Professeur de droit public à la L.S.E., de ses indications très précieuses sur cette affaire de 2009.

le 26 avril 2017

Les élections générales anticipées du 8 juin au Royaume-Uni : quels enseignements ?

Aurélien Antoine

**Professeur,
Université Jean-Monnet de Saint Étienne /
Université de Lyon**



Palais de Westminster, Londres

blog.juspoliticum.com

Alors que le processus du Brexit semblait enfin connaître une avancée moins chaotique avec le début des négociations entre Britanniques et Européens, le Premier ministre a provoqué des élections anticipées. Soutenue par l'opinion publique et en position de force face à ses adversaires politiques, Mme May n'a pas grand-chose à perdre dans ce pari. Sa décision n'en demeure pas moins une surprise et, pour le constitutionnaliste, un cas d'école de la domination primo-ministérielle dans le jeu institutionnel britannique.

Prenant de court nombre d'observateurs, Mme May a souhaité que des élections générales se tiennent le 8 juin prochain alors que les négociations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne sur le *Brexit* devaient commencer au mois de mai. Les raisons qu'elle a données sont multiples, mais elles consacrent une double logique : constitutionnelle d'abord, stratégique ensuite.

I. Une dissolution conforme à l'esprit de la Constitution britannique

À la suite du référendum du 23 juin, nous avons déjà soutenu la pertinence constitutionnelle du recours à la dissolution (JP Blog, *Chronique du Brexit*, Octobre 2016 : *Le temps des spéculations*). Nous avons

notamment considéré que la Chambre des Communes aurait pu « s'autodissoudre » ou adopter une motion de censure à l'encontre du Gouvernement de Mme May. Le 18 avril 2017, c'est pourtant cette dernière qui a proposé que des élections générales se déroulent le 8 juin. Cet événement démontre, d'une part, que la logique institutionnelle qui prévalait avant le *Fixed-term Parliaments Act (FTPA)* de 2011 n'a pas complètement disparu, même si, d'autre part, les conditions posées par ce texte s'inscrivent dans l'évolution contemporaine du recul de la prérogative royale en droit constitutionnel britannique.

1. La permanence de la logique institutionnelle antérieure à 2011

Avant la loi de 2011, le pouvoir de dissolution était l'une des prérogatives royales exclues de tout contrôle parlementaire ou juridictionnel. La seule contrainte légale découlait du *Septennial Act* de 1715 amendé par le *Parliament Act* de 1911 selon lequel le Parlement devait être dissout au plus tard cinq ans après le début d'une législature. À trois exceptions près (en 1964, 1997 et 2010¹), les dissolutions d'après-guerre sont survenues avant cette limite. La décision de 2017 s'inscrit dans cette tradition, quitte à éclipser le changement du droit produit par le *FTPA*. Le Premier ministre a d'ailleurs repris une pratique antérieure à 2011 consistant à

annoncer les élections anticipées sans que le Parlement en soit informé. Tout comme John Major en 1997, Tony Blair en 2005 et Gordon Brown en 2010, c'est devant le 10 Downing Street et un parterre de journalistes que le chef du Gouvernement a fait part de son choix. L'esprit du texte de 2011 aurait sans doute voulu qu'une telle déclaration soit faite à la Chambre. Finalement, le *FTPA* ne semble pas avoir totalement éclipsé un usage institutionnel dont l'utilité n'est pas démentie en l'espèce. Le Gouvernement de Mme May ne disposait pas d'un mandat direct des citoyens pour mener les négociations du *Brexit*. Contrairement à ce qui a pu être affirmé ici où là, un référendum qui ne visait qu'à solliciter l'avis consultatif du peuple sur le maintien du Royaume-Uni dans l'Union européenne ne pouvait avoir aussi pour objet d'investir un nouveau Gouvernement. En droit constitutionnel britannique, les élections générales doivent permettre de dégager une majorité dont le programme lie le Gouvernement qu'elle soutient (le *manifesto*). Des conséquences de droit politique en découlent, comme l'obligation pour la Chambre des Lords de ne pas s'opposer après la deuxième lecture à une mesure contenue dans le *manifesto* (convention Salisbury). Si elle remporte le scrutin du 8 juin, Mme May pourra facilement contraindre les Lords sur le fondement du programme qu'elle aura défendu.

2. L'obligation de respecter la contrainte formelle du FTPA

Bien que le primat gouvernemental en matière de dissolution ait été réaffirmé avec force, la loi de 2011 impose le respect d'une procédure qui a été mise en œuvre pour la première fois le 19 avril 2017. La voie qui a été suivie fut l'adoption d'une motion par au moins deux tiers des membres de la Chambre des Communes en vue de son autodissolution (*sect. 2, al. 1 et 2*). La censure, prévue par la même section de la loi aux articles 3 à 5, était exclue. Mme May a facilement réuni la majorité qualifiée requise, car Jeremy Corbyn, le leader de l'opposition, avait officiellement soutenu l'initiative. Après le vote du 19 avril (522 voix pour, 13 contre), la dissolution sera actée le 3 mai. Le passage par les Communes est une conséquence de la volonté de revaloriser le Parlement et de réduire le domaine de la prérogative royale. En 2010, le *Constitutional Reform and Governance Act* poursuivait le même but. Les juridictions ont accompagné cette tendance contemporaine du droit constitutionnel britannique. Le jugement Miller du 24 janvier 2017 en est l'illustration. Pourtant, force est d'admettre que le Parlement ne parvient pas à saisir les occasions qui lui sont offertes pour dominer le jeu politique. Déjà, à l'issue de l'intervention de la Cour suprême, les *MPs* ont montré leur incapacité à s'affirmer face à un Premier ministre dont la

position pour mener les négociations n'était pas, tout compte fait, aussi confortable qu'il le prétendait puisqu'il juge aujourd'hui que des élections anticipées sont nécessaires. Les parlementaires témoignent une fois encore de leur faiblesse en n'ayant pas provoqué plus tôt ce nouveau scrutin, alors qu'ils en avaient la possibilité grâce au *FTPA*.

Ce constat ne doit pas occulter le fait que le choix de Mme May remet au premier plan une ingénierie constitutionnelle devant prévenir les crises et clarifier les positionnements obscurs de son propre Gouvernement. Il était temps, quand bien même la démarche est avant tout marquée par l'opportunisme politique.

II. Une dissolution opportuniste d'un point de vue stratégique

Dans un régime parlementaire, le recours à la dissolution a pour finalité de répondre à une crise politique suscitée par un désaccord entre le Parlement et le Gouvernement. Ce mécanisme bien connu des *checks and balances* est, depuis longtemps, dévoyé. La décision de Mme May, qu'elle a présentée non sans hypocrisie comme un « crève-cœur », ne doit pas masquer la réalité d'un calcul politique fort peu original. Il révèle, de plus, la position de force du parti conservateur outre-Manche et la volonté de

Mme May de dominer sa propre majorité afin de disposer d'un soutien sans faille face aux négociateurs européens qui s'avèrent beaucoup plus déterminés et unis qu'elle l'avait prévu.

1. Un calcul politique classique

La dissolution souhaitée par Mme May est dans la droite ligne des dissolutions stratégiques appelées aussi « dissolutions à l'anglaise » que le *FTPA* n'aura donc pas réussi à empêcher. L'enjeu n'est pas une crise politique qui, au Royaume-Uni, se règle souvent au sein même du parti au pouvoir. L'objectif est de jouer d'un contexte favorable pour assurer la réélection des *MPs* de la majorité en place (cas de Thatcher en 1987, ou de Tony Blair en 2001, par exemple). Mme May a tenté, dans son discours, de faire croire que les risques d'instabilité motivaient sa position. Elle a invoqué la courte majorité dont elle dispose aux Communes, les menaces de blocage à la Chambre des Lords, et l'hostilité des travaillistes, des libéraux-démocrates, et des nationalistes écossais. Or aucun de ces arguments, qui en appellent au danger d'une crise politique au moment crucial des négociations sur le *Brexit*, n'emporte la conviction. Quand bien même le *Labour* a réservé son approbation sur le contenu du futur accord entre le Royaume-Uni et l'UE, il ne souhaite pas la remise en cause du retrait.

Les libéraux-démocrates et le SNP n'ont pas de moyens de blocage et les Lords n'ont jamais manifesté la volonté de contrecarrer le *Brexit*. Cinq raisons purement stratégiques convainquent en réalité de l'orientation de Mme May. En premier lieu, elle souhaite l'élargissement de sa majorité alors qu'elle bénéficie de sondages extrêmement favorables. En deuxième lieu, l'ample victoire, qui est pour l'heure annoncée, sera un moyen pour elle d'affirmer son autorité et de discipliner des *MPs* conservateurs ayant parfois tendance à donner des signes de mécontentement. En troisième lieu, en cas de succès, Mme May disposera de cinq ans pour mener des négociations difficiles qui pourraient se prolonger au-delà du délai prévu par l'article 50 du TUE. En quatrième lieu, si un accord est obtenu au printemps 2019, un Gouvernement disposant d'une majorité confortable pourra s'assurer du vote positif des Communes, tant sur l'issue des négociations que sur le *Great Repeal Bill*. Last but not least, les tories auront trois ans devant eux après le retrait de l'Union européenne pour préparer les prochaines échéances électorales.

2. Un calcul politique à la portée limitée

Selon les différentes enquêtes d'opinion, le parti conservateur suscite l'adhésion d'environ 45 % des électeurs, tandis que les travaillistes plafonnent à

25 %. En Écosse, les nationalistes sont au niveau de 2015 lorsqu'ils ont emporté leurs 56 sièges aux Communes. Au regard de ces chiffres, Mme May a de quoi être confiante. L'issue du scrutin du 8 juin permettra sans doute de renforcer sa position au sein de son parti et de mieux maîtriser le tempo des négociations avec l'Union européenne. Toutefois, la convocation anticipée des électeurs est loin d'être une solution politique miracle pour garantir la réussite durable du Gouvernement *tory*. Tout d'abord, le scrutin n'aura que peu d'effets sur le cadre des négociations fixé par l'Union européenne qui est parfois peu compatible avec celui que soutiennent les Britanniques. Ensuite, l'élargissement d'une majorité ne signifie pas que cette dernière soit prête à tout accepter du Premier ministre qui, s'il ne parvient pas à un accord satisfaisant avec l'Union européenne, pourrait voir son parti se retourner contre lui. Le destin politique de Margaret Thatcher est là pour le rappeler. Enfin, le scrutin du 8 juin n'affaiblira sans doute pas vraiment les nationalistes écossais et les tensions internes au Royaume-Uni. Par conséquent, la décision de Mme May ne doit pas être surévaluée quant à ses répercussions : à pari peu risqué, gains médiocres. L'impondérable et l'improbable ne doivent pas non plus être exclus. Les élections à venir peuvent se solder par une défaite du Gouvernement. En 1970, Harold Wilson, mettant un terme prématuré à la législature,

était persuadé de la victoire des travaillistes qui dominaient les tories de près de 13 points dans les sondages. Pourtant, Edward Heath et ses troupes ont finalement remporté les élections, préparant alors l'entrée du Royaume-Uni dans les Communautés européennes.

¹La législature 1987-1992 est parfois ajoutée, car elle fut la plus longue depuis 1964. Pourtant, les élections de 1992 se sont déroulées deux mois avant le terme de cinq ans de législatures.

le 8 juin 2017

Qu'est-ce que le Great Repeal Bill ?

Pascal Guillon

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Palais de Westminster, Londres

blog.juspoliticum.com

Un projet de loi visant à abroger la loi sur les Communautés européennes de 1972 (European Communities Act) sera présenté, certainement après les élections anticipées du 8 juin 2017, afin de mettre fin à la primauté et à l'application du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni. Si son contenu exact est encore inconnu, la Chambre des communes et le Gouvernement de Theresa MAY ont déjà défini ses grandes lignes.

Le Premier ministre a annoncé, lors de son discours du 2 octobre 2016, qu'un *Great Repeal Bill* sera présenté à la Chambre des Communes afin d'abroger l'*European Communities Act* de 1972 qui a incorporé le droit de l'Union européenne et a assuré sa primauté sur le droit interne. Le Parlement sera donc encore une fois amené à se prononcer sur une loi touchant au Brexit après qu'il a déjà habilité le gouvernement, par l'adoption de l'*European Union (Notification of Withdrawal) Bill*, à notifier la sortie de l'Union européenne au Conseil européen (selon les prescriptions de l'article 50 TUE). La Cour suprême avait jugé ce vote nécessaire dans son désormais célèbre arrêt *Miller* ([2017] UKSC 5) du 24 janvier 2017, le gouvernement ne pouvant engager la sortie de l'Union européenne sans consulter le Parlement qui est souverain au Royaume-Uni.

Pour Theresa MAY, le *Great Repeal Bill* représente un acte de souveraineté législative car les « lois ne seront plus faites à Bruxelles mais à Westminster. Les juges interprétant ces lois ne siégeront plus à Luxembourg mais dans les cours de ce pays. L'autorité du droit de l'Union européenne en Grande-Bretagne prendra fin »¹. Une fois adoptée, cette loi entrera en vigueur le jour de la sortie effective de l'Union européenne et abrogera ainsi l'*European Communities Act*. Le *Brexit* aura lieu soit à la date prévue de l'entrée en vigueur de l'accord qui aura été conclu avec l'Union européenne, soit dans un délai de deux ans après la notification de l'intention de quitter celle-ci, sauf si le Conseil européen décide de proroger le délai en accord avec le Royaume-Uni (Article 50 TUE). Cette dernière hypothèse n'est pas à exclure car les négociations sont particulièrement difficiles et complexes tant les sujets à régler entre Londres, Bruxelles et les autres États membres sont nombreux : montant de la « facture » à payer, statut des ressortissants européens ou encore le règlement des pensions de retraite des fonctionnaires européens britanniques etc.

Le *Great Repeal Bill* n'a pas encore été élaboré mais le gouvernement et la Chambre des communes ont précisé ses contours dans un livre blanc et un rapport intitulés tous deux

« *Legislating for Brexit* ». Outre l'abrogation de l'*European Communities Act*, ce projet de loi visera principalement « à assurer que les dispositions du droit de l'UE qui sont directement applicables au Royaume-Uni (comme les règlements de l'UE) et toutes les lois qui ont été édictées au Royaume-Uni, dans le but de mettre en œuvre nos obligations en tant que membre de l'Union européenne, demeurent partie intégrante du droit interne le jour où nous quitterons l'Union européenne »². Mark ELLIOTT, professeur de droit public à l'Université de Cambridge, a bien résumé l'objet de ce projet de loi par le tryptique suivant: « *abroger, convertir, corriger* »³.

Il ressort ainsi des travaux préliminaires sur le *Great Repeal Bill* que ce dernier aura trois fonctions principales : abroger la loi sur les communautés européennes de 1972 (I), transposer le droit de l'Union européenne en droit interne (II) et habiliter le gouvernement à prendre des ordonnances pour modifier, adapter ou supprimer les dispositions issues du droit de l'Union européenne (III).

I. L'abrogation de la loi sur les communautés européennes de 1972

L'abrogation de l'*European Communities Act* est l'objet principal du *Great Repeal Bill*. Elle est nécessaire pour

neutraliser l'application du droit de l'Union européenne en droit interne car le Royaume-Uni est un pays dualiste c'est-à-dire qu'un traité international ne peut s'appliquer qu'en vertu d'une transposition dans une loi interne. L'*European Communities Act* reconnaît ainsi, dans sa Section 2§1, l'effet direct des Traités européens (TUE/TFUE) et des droits qui y sont contenus sans qu'une nouvelle loi soit nécessaire. La Couronne (*The Crown*) peut aussi prendre un *Order in Council* et les Ministres des règlements (*regulations*) afin de mettre en œuvre des obligations juridiques découlant des traités relatifs à l'Union européenne (Section 2 § 2). Sur le fondement de la loi sur les Communautés européennes les tribunaux britanniques ont rapidement reconnu la nécessité d'interpréter la loi britannique de manière conforme aux dispositions du droit communautaire (cf. *R v. Henn* 1981 AC 850 ; *R v Goldstein* 1983 1 All ER 434). Suite à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des communautés européennes, la Chambre des Lords a ensuite écarté une loi du Parlement contraire au droit communautaire (*R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (No 2)* 1991 1 AC 603).

L'*European Communities Act* a donc relativisé le sacrosaint principe constitutionnel britannique de la souveraineté du Parlement, de telle sorte que cette loi a pu être qualifiée de « *constitutionnelle* » (*constitutional statute*)

par Lord LAWS dans la décision *Thoburn v. Sunderland City Council*⁴. Dans son rapport, la Chambre des communes considère que cet *Act of Parliament* est « *constitutionnellement important* » car il dispose que le droit communautaire prime sur le droit interne et qu'il habilite largement le gouvernement à légiférer par ordonnance pour « *donner effet* » au droit de l'Union européenne⁵. En raison de sa valeur constitutionnelle l'*European Communities Act* ne peut pas être abrogé implicitement (*impliedly repealed*).

Le rapport de la Chambre des communes souligne néanmoins que la nécessité d'abroger formellement cette loi a été contestée par des universitaires anglais, comme Mark ELIOTT, qui considèrent que le Royaume-Uni ne sera plus lié par les traités européens et que leur suprématie sur le droit interne sera par conséquent caduque. A l'inverse, d'autres juristes et de nombreux parlementaires (*MP's*) estiment que l'abrogation de la loi sur les communautés européennes est politiquement et juridiquement requise⁶. Le professeur et député écossais Adam TOMKINS juge ainsi l'intervention du Parlement nécessaire pour abroger l'*European Communities Act*⁷. Sir William CASH, membre de la Chambre des communes, considère que le *Brexit* implique l'abrogation de ce texte, cela étant « *aussi bien axiomatique que fondamental* »⁸.

Le *Great Repeal Bill*, une fois adopté, abrogera donc la loi sur les Communautés européennes. Mais il procédera également à l'importation de l'ensemble du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni. Ce mouvement d'abrogation puis d'incorporation des mêmes dispositions semble, *prima facie*, paradoxal. Cependant, cela s'explique par une double volonté du gouvernement : mettre fin à la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit britannique, qui découlait de l'*European Communities Act*, tout en garantissant le maximum de sécurité juridique pour les particuliers et les entreprises.

II. Le transfert du droit de l'Union européenne en droit interne

Le gouvernement de Theresa MAY souhaite ainsi transférer l'ensemble du droit de l'Union européenne (« *l'Acquis communautaire* ») en droit interne afin « *que les mêmes lois et règles s'appliquent le jour suivant le brexit comme elles s'appliquaient auparavant* »⁹. Le livre blanc (« *white paper* ») du gouvernement britannique sur le *Great Repeal Bill* précise ainsi les sources du droit de l'Union européenne qui seront « *nationalisées* » et garanties en droit interne. Il s'agira du droit directement applicable, comme les règlements de l'Union européenne ; du droit de l'Union européenne transposé

en droit interne, issu de directives et, enfin, les droits des traités invocables devant un tribunal ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Le ministre en charge du Brexit, David DAVIS, a aussi évoqué la prévention contre les risques de « *trou noir* » (*black hole*)¹⁰ juridique pour justifier l'ampleur de la transposition. En effet, « *abroger simplement le ECA conduirait à un système juridique confus et incomplet* »¹¹ en raison des nombreuses normes d'origine européennes. Par ailleurs, plusieurs dispositions européennes ont été intégrées au Royaume-Uni par le biais de la législation secondaire (*secondary legislation*) sur le fondement de l'*European Communities Act*. Une abrogation pure et simple de cette loi rendrait caduque les ordonnances prises par le gouvernement. Les dispositions issues de l'Union européenne seront ainsi conservées le jour de la sortie effective du Royaume-Uni mais elles ne tireront plus leur validité que du seul droit interne. Le juge britannique n'aura donc plus à faire primer le droit de l'Union européenne sur le droit britannique. De plus, le Parlement et le gouvernement pourront écarter par la suite les dispositions incorporées qu'ils ne souhaitent pas conserver.

Le droit issu de l'Union européenne sera donc transposé, dans un premier temps, avant que les autorités britanniques

n'effectuent, dans un second temps, une véritable « *désintégration européenne* » (Istan KRASSTEV). Toutes choses égales par ailleurs, il est possible de rapprocher cela de l'ordonnance du 9 août 1944 rétablissant la légalité républicaine après le régime de Vichy en France. La question du devenir du droit de Vichy en droit républicain était posée. L'exposé des motifs de l'ordonnance indiquait clairement la volonté des rédacteurs de « *libérer le pays de la réglementation d'inspiration ennemie qui l'étouffait, mais aussi de lui éviter le désordre juridique ou même l'incertitude* »¹². Les dispositions manifestement incompatibles avec un régime républicain ont été annulées rétroactivement. D'autres ont été abrogées, c'est-à-dire qu'elles disparaissent à l'avenir de l'ordre juridique tandis que certaines ont été validées. Enfin, la majeure partie du droit de Vichy demeurerait en vigueur jusqu'à ce qu'une déclaration de nullité soit prise sur le fondement de l'ordonnance du 9 août 1944 (art.7)¹³. Le changement de régime ou la sortie d'une organisation internationale sui generis aux compétences très élargies, comme l'Union européenne, posent ainsi des problèmes comparables pour le juriste. Il faut pouvoir concilier la rupture nécessaire avec l'ancien tout en garantissant la sécurité juridique aux citoyens.

Dans le cas britannique, la transposition totale du droit issu de l'Union européenne ne

sera que temporaire. En effet, le gouvernement britannique entend bien abroger ou adapter, à terme, certaines dispositions issues du droit de l'Union européenne afin de mettre en œuvre concrètement le *Brexit* selon l'accord qui aura été (ou non) conclu avec Bruxelles et les États membres. Selon les termes de Theresa MAY, « *Brexit means Brexit* ». Le gouvernement souhaite donc faire appliquer l'accord qui aura été conclu sur le *Brexit* en utilisant la « *secondary legislation* » qui « *autorise le gouvernement à modifier la loi en utilisant les pouvoirs conférés dans une loi du Parlement* »¹⁴. Le *Great Repeal Bill* ne règlera pas précisément ce qui sera ou non conservé après le *Brexit* mais habilitera, à ces fins, le gouvernement à prendre des ordonnances afin de matérialiser l'accord conclu avec l'Union européenne. La « *nationalisation* » de l'ensemble du droit de l'Union européenne ne sera donc logiquement que temporaire afin de laisser le temps au gouvernement de légiférer après avoir consulté les différentes parties intéressées, à l'instar de l'Écosse ou de l'Irlande du Nord.

De nombreuses incertitudes demeurent quant au futur des dispositions issues du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni mais il est possible d'avancer quelques pistes. Il est, par exemple, hautement probable qu'il soit mis fin, à l'avenir, à la libre circulation des travailleurs ainsi qu'au droit d'établissement des ressortissants de l'Union européenne au

Royaume-Uni tant la question migratoire (notamment des travailleurs venant d'Europe de l'Est) fût centrale pour les partisans du « *leave* ». Le gouvernement a déjà annoncé dans son livre blanc (*white paper*) sur les relations futures avec l'Union européenne que « *la directive sur la liberté de circulation ne s'appliquerait plus et que l'immigration issue des ressortissants de l'Union européenne serait sujette au droit britannique* »¹⁵. A l'inverse, certaines dispositions d'origine européenne relatives aux droits des consommateurs ou au droit de l'environnement pourraient être maintenues. Cependant, elles ont souvent déjà été incorporées dans une loi britannique, provenant à l'origine de directives européennes, qui va parfois au-delà de ce qui était exigé. Le gouvernement de Theresa MAY souhaite également « *sécuriser* » la situation juridique des travailleurs européens déjà installés au Royaume-Uni mais le flou persiste sur les moyens d'y parvenir.

Les réponses à ces questions, fondamentales pour l'avenir des relations entre Londres et l'Union européenne, restent pour l'instant suspendues aux négociations en cours. Il appartiendra au gouvernement, sous le contrôle du Parlement, de modifier le cadre législatif britannique afin de l'épurer des dispositions d'origine européennes qui auront été incorporées en droit interne le jour du *Brexit*.

III. L'habilitation du gouvernement à prendre des ordonnances pour modifier, adapter ou supprimer les dispositions issues du droit de l'Union européenne

En effet, le Premier ministre, Theresa MAY, a annoncé que le *Great Repeal Bill* habilitera le gouvernement à prendre des ordonnances pour modifier les lois contenant des dispositions issues du droit de l'Union européenne. Le gouvernement britannique entend ainsi agir vite, sans passer par la longue procédure législative ordinaire, afin de modifier le droit interne en l'expurgeant des dispositions européennes incompatibles avec les engagements pris au titre du *Brexit*.

Les ministres pourront donc « adopter des textes afin d'effectuer des changements, par le biais de la législation secondaire (*secondary legislation*), pour donner effet aux résultats des négociations avec l'Union européenne »¹⁶. Le Gouvernement souhaite utiliser de tels « pouvoirs délégués » (*delegated powers*) afin de modifier la législation primaire (*primary legislation*) qui renvoie essentiellement aux lois adoptées sous la forme d'*Acts of Parliament*. Mais, à la différence des lois du Parlement (*Act of Parliament*), la législation secondaire (*secondary legislation*) peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et être censurée par les

tribunaux si elle outrepassé les bornes que lui a fixé la loi.

Les « pouvoirs délégués » qu'entend exercer le Gouvernement sont connus sous le nom de « pouvoirs d'Henry VIII » (*Henry VIII powers*). Ils proviennent de l'*Act of Proclamation* de 1539 grâce auquel le roi Henry VIII pouvait légiférer par proclamation. Toutefois, ces pouvoirs n'étaient pas absolus car le roi ne pouvait pas modifier la loi adoptée et devenue *Act of Parliament*. En revanche, le rapport de la Chambre des Communes précise que la clause Henry VIII contemporaine permet que la loi soit modifiée par le biais de la législation secondaire¹⁷. Le gouvernement pourra ainsi abroger ou adapter des dispositions législatives issues du droit de l'Union européenne afin de mettre effectivement en œuvre l'accord qui aura été conclu avec Bruxelles et les autres États membres. L'octroi de « pouvoirs délégués » au gouvernement MAY lui donnera ainsi une grande latitude pour détricoter le droit ayant pour origine l'Union européenne.

Toutefois, l'introduction de ces « pouvoirs délégués » dans le *Great Repeal Bill* est susceptible de heurter les assemblées créées par les lois sur la dévolution qui ont transféré certaines compétences au profit de l'Irlande du Nord, de l'Ecosse et du Pays de Galles. La question de leur accord se pose car, en vertu

des différentes lois relatives à la dévolution, le consentement est nécessaire si la loi de Westminster intervient dans le champ d'une compétence attribuée à un des parlements des trois nations composant le Royaume-Uni. Les autorités écossaises ont ainsi publié un rapport sur « *La place de l'Écosse dans l'Europe* » dans lequel elles estiment devoir être consultées avant l'adoption du *Great Repeal Bill* en raison des empiètements de ce projet de loi sur les matières dévolues (*devolved matters*). Néanmoins, la Convention de la constitution Sewel, qui dispose qu'il « *est reconnu que le Parlement du Royaume-Uni ne devra pas, normalement, légiférer sur les matières dévolues sans le consentement du Parlement écossais* », ne s'applique pas à la législation secondaire. Cependant, la Chambre des communes évoque la possibilité que le *Great Repeal Bill*¹⁸ habilite également les ministres du gouvernement écossais à prendre, par ordonnance, dans leur domaine de compétence, des mesures visant à maintenir l'application des dispositions issues du droit de l'Union européenne¹⁹.

Les « *pouvoirs délégués* » qui seront insérés dans le *Great Repeal Bill* soulèvent des inquiétudes. Le publiciste britannique Mark ELLIOTT souhaite donc que le Parlement de Westminster s'assure que l'utilisation de « *pouvoirs délégués* » par le gouvernement n'entraîne « *pas une dramatique bascule*

du pouvoir législatif vers l'exécutif, la marginalisation du contrôle législatif ou un affaiblissement potentiellement dangereux de la constitution territoriale »²⁰. Il estime que le Parlement doit pouvoir contrôler minutieusement l'exercice de la législation déléguée. Or, le « *white paper* » gouvernemental sur le *Great Repeal Bill* est silencieux quant au contrôle parlementaire des « *pouvoirs délégués* ». Mark ELLIOTT considère que cela est « *stupéfiant* » car ce projet de loi va « *conférer des pouvoirs ministériels sans précédents* »²¹.

Le *Great Repeal Bill* est un projet de loi essentiel pour le devenir du droit de l'Union européenne au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Nul ne doute qu'une fois la Chambre des communes saisie les débats seront âpres sur le contenu même du projet, concernant notamment l'étendue des « *pouvoirs délégués* » octroyés au Gouvernement. Il dépendra d'ailleurs de la majorité qui aura émergé des élections anticipées du 8 juin prochain lors desquelles le Premier ministre, Theresa MAY, espère accroître sa majorité conservatrice pro-*Brexit*.

¹ *Theresa May's Conservative conference speech on Brexit*, Politics Home, 2 octobre 2016: « *Our law will be made not in Brussels but in Westminster. The judges interpreting those laws will sit not in Luxembourg but in courts in this country. The authority of EU law in Britain will end.* »

² HM Government, *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, CM

9417, Janvier 2017, p. 10: « *to ensure that all EU laws which are directly applicable in the UK (such as EU regulations) and all law which have been made in the UK, in order to implement our obligations as a member of the EU, remain part of domestic law on the day we leave the EU* ».

³ Mark ELLIOTT, <https://publiclawforeveryone.com/2017/03/30/the-governments-white-paper-on-the-great-repeal-bill-some-preliminary-thoughts/>: « *repeal, convert, correct* ».

⁴ Thoburn v. Sunderland City Council 2003 QB 151.

⁵ HC Library, Briefing Paper, Number 7793 23 février 2017, *Legislating for Brexit: The Great Repeal Bill*: « *constitutionally significant* », « *give effect* ».

⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁷ Cf. <http://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-37601595>.

⁸ Sir William CASH MP, “*Brexit does not just mean Brexit. Brexit means repeal of the European Communities Act 1972*”, Bill Cash’s European Journal, 15 septembre 2016; cité in. HC Library, Briefing Paper, Number 7793 23 février 2017, *Legislating for Brexit: The Great Repeal Bill*, p. 21.

⁹ Theresa MAY Speech, *The government’s negotiating objectives for exiting the EU: PM speech, Lancaster House*, 17 janvier 2017, cité p. 25.

¹⁰ HC Deb, 10 octobre 2016 cc 40-42

¹¹ Department for Exiting the European Union, *Legislating for the United-Kingdom’s withdrawal from the European Union*, p. 13, §2.4 “*Simply repealing the ECA would lead to a confused and incomplete legal system*”.

¹² Exposé des motifs de l’ordonnance du 9 août 1944, <http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/dossiers-thematiques/1944-1946-la-liberation/le-retour-de-la-republique/documents/ordonnance-du-9-aout-1944-sur-le-retablissement-de-la-legalite-republicaine.php>.

¹³ Pour une présentation éclairante, se référer à l’article de Marcel WALINE, *L’ordonnance du 9 août 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine*, JCP, éd. G, I, 1944.

¹⁴ <http://www.parliament.uk/business/bills-and-legislation/secondary-legislation/>.

¹⁵ HM Government, Cm 9417, *The United-Kingdom’s Exit from and new partnership with the European Union*, p. 25: “*in future, therefore, the Free Movement Directive will no longer apply and the migration of EU nationals will be subject to UK law*”.

¹⁶ HC Library, Briefing Paper, Number 7793 23 février 2017, *Legislating for Brexit: The Great Repeal Bill*, p. 35: « *Great Repeal Bill will delegate statutory powers to enable Ministers to make changes, by secondary legislation, to give effect to the outcome of the negotiations with the EU* ».

¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸ Cf. HC Library, Briefing Paper, Number 7793 23 février 2017, *Legislating for Brexit: The Great Repeal Bill* p. 54.

¹⁹ *Ibid.*, p. 55.

²⁰ Mark ELLIOTT, <https://publiclawforeveryone.com/2017/03/07/the-great-repeal-bill-and-delegated-powers/>: « *Parliament must seek to ensure that it does not also bring about a dramatic rebalancing of law-making power in favour the executive, the marginalisation of legislative scrutiny and a potentially dangerous unsettling of the territorial constitution* ».

²¹ Mark ELLIOTT, <https://publiclawforeveryone.com/2017/03/30/the-governments-white-paper-on-the-great-repeal-bill-some-preliminary-thoughts/>: « *For a White Paper proposing the enactment of legislation conferring unprecedented ministerial powers to have nothing more than this to say about how those powers should be scrutinised by Parliament is astonishing* ».

Allemagne

le 31 janvier 2017

Le glas du parti national-démocrate d'Allemagne (NPD) ne sonnera pas pour cette fois

Matthieu Bertozzo

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Cour constitutionnelle, Berlin

© Rainer Lück 1RL.de CC BY-SA 3.0 de

blog.juspoliticum.com

Fin 2013, le Bundesrat – chambre haute du Parlement allemand – avait déposé une demande aux fins d’obtenir l’interdiction du parti d’extrême droite connu sous l’acronyme NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*). Après plus de trois années de procédure, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, seule compétente pour statuer en la matière au nom du privilège constitutionnel dont bénéficient les parties politiques en Allemagne, vient récemment de rejeter la requête à l’unanimité de ses membres. Ceux-ci ont considéré qu’elle n’offrait pas d’indices d’un poids suffisant laissant présager que les buts du NPD pourraient, à terme, prospérer. Mais afin d’en apprécier l’argumentaire, il faut venir à bout des mille dix paragraphes (équivalents de nos anciens considérants) répartis sur les quelques trois cent pages qui composent la décision de la Cour (*BVerfG*, 17 janvier 2017, n° 2 BvB 1/13).

Cette requête, fondée sur l’article 21 alinéa 2 de la Loi fondamentale et dirigée précisément à l’encontre du NPD, n’est pas la première dans l’histoire politique et constitutionnelle allemande. En effet, une demande similaire avait déjà été déposée en 2001 sauf qu’à l’époque, le Bundesrat, en tant que partie au procès, était accompagné et par le Bundestag et par le gouvernement fédéral allemand – seules autorités à pouvoir engager la procédure au niveau fédéral (art.

43 al. 1 *BVerfGG*). En revanche, pour ce qui concerne de façon générale la demande d’interdiction d’un parti, l’affaire du NPD n’est que la troisième – avec les précédents de 1952 (*BVerfG*, 23 octobre 1952, *Sozialistische Reichspartei* n° 1 BvB 1/51) et de 1956 (*BVerfG*, 17 août 1956, *Kommunistische Partei Deutschlands*, n° 1 BvB 2/51) portant respectivement sur l’interdiction d’un parti néo-nazi et du parti communiste – ayant permis aux juges de statuer au fond.

En 2001, il apparut en effet qu’au cours de la procédure des agents stipendiés par l’Office fédéral pour la protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) – en clair des policiers chargé du « renseignement intérieur » – avaient infiltré plusieurs fédérations affiliées au NPD. La Cour devait dès lors juger que la requête était irrecevable puisque pour faire constater l’inconstitutionnalité d’un parti politique et l’interdire, la démocratie exige avant tout le respect scrupuleux d’un procès équitable (*BVerfG*, 18 mars 2003 n° 2 BvB 1/01). C’est la raison pour laquelle les juges, en 2017, ont consacré une centaine de paragraphes à la question de la recevabilité. A travers une analyse détaillée de tous les éléments de procédure, ils ont pu constater que les exigences relatives à la demande d’interdiction avaient été pleinement respectées par les deux parties au procès.

Mais c'est davantage sur le fond que se concentrent les apports les plus substantiels de la récente décision ; ce qui mérite toutefois une précision préalable. En effet, l'article 21 alinéa 2 LF étant une norme d'exception, il invite à une interprétation qui aille au plus près du texte. C'est la raison pour laquelle les juges ont adopté une approche très littérale de l'article qui dispose que pour faire constater l'inconstitutionnalité d'un parti politique « ses objectifs ou le comportement de ses sympathisants [doivent] l'engager à porter atteinte à l'ordre fondamental libéral et démocratique ou de le renverser ou bien de mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne ».

De jurisprudence constante, la notion d'ordre fondamental libéral et démocratique renvoie à la dignité humaine (*Menschenwürde*) qui comprend la préservation de l'individualité, l'identité et l'intégrité personnelles tout comme le minimum élémentaire d'égalité juridique. Il n'était pas très difficile de constater que l'idéologie du parti national-démocrate (NPD), lequel prône l'avènement d'un Etat national fondé sur une communauté populaire (*Volksgemeinschaft*) et refusant l'égalité juridique aux non-Allemands, était par trop incompatible avec de tels principes.

De plus, c'est au renversement ou à l'atteinte à cet ordre fondamental que les buts poursuivis par le parti ou du comportement de ses partisans doivent l'engager (*darauf ausgehen*). La Cour va alors insister alors sur ce terme de « *Ausgehen* » que l'on peut essayer de traduire par « s'engager à » ou bien « se mobiliser en vue de » qui appelle à un comportement actif se traduisant par l'existence d'une conduite planifiée au sens d'une activité préparatoire appropriée et destinée à porter atteinte à l'ordre fondamental libéral et démocratique. L'idée ici est que l'atteinte ou le renversement ne soient pas rendus complètement impossibles.

S'agissant des objectifs du NPD, il n'était que de lire les statuts du parti adoptés à Bamberg en 2010 sous le titre, traduit mais non moins équivoque, de « Travail, Famille, Patrie » pour confirmer l'application de l'article 21 LF au cas d'espèce. En revanche, pour ce qui a trait au comportement de ses sympathisants, la solution fut moins limpide. D'abord, la notion même de sympathisants (*Anhänger*), précisent les juges, doit être distinguée de celle d'adhérent ou de simple membre (*Mitglieder*) du parti. Cette absence de lien matériel suppose une difficulté supplémentaire quant à l'imputabilité du comportement de ces individus

(sympathisants) au parti politique lui-même. Ainsi, ce ne sont pas moins de cinquante-sept cas de droit pénal, dont on a supposé la proximité avec la conception idéologique du parti, qui furent rapportés à la Cour. Or, au terme d'une appréciation casuistique des plus poussées, les juges n'ont pu se convaincre que dans leur grande majorité, ces actes délictueux furent politiquement motivés. Au bénéfice du doute, la disposition constitutionnelle ici devait donc être écartée.

A l'évidence, qu'il s'agisse des objectifs du parti en cause ou bien du comportement de ses sympathisants, les juges chercheront désormais à savoir s'il n'est pas complètement impossible que le parti en cause puisse à terme triompher. Certes, les objectifs du parti sont clairement contraires à l'ordre fondamental libéral et démocratique. La Cour va même jusqu'à admettre la proximité du NPD avec les doctrines du national-socialisme (NSDAP). Mais ceci n'est pas une condition de l'article 21 alinéa 2 LF dont l'interprétation doit demeurer stricte sous tout rapport. Pour cette fois-ci donc, il manquait aux juges les indices d'un poids suffisant pour laisser apparaître un éventuel succès politique du NPD.

Ainsi, ce cas allemand invite à une profonde réflexion sur la notion même de démocratie en envisageant chacun de ses aspects ; les bons comme les mauvais.

Faut-il rappeler que dans *Démocratie et totalitarisme*, Raymond Aron distingue principalement la première du second en tant que celle-ci suppose le pluralisme partisan quand celui-là impose le parti unique ? Par voie de conséquence, l'interdiction d'un parti politique relève d'un acte limite car le pluralisme des idées politiques doit triompher. Ce n'est pas en interdisant un parti qu'on supprime le courant qui le porte, bien au contraire. Tout porte à croire que les conséquences d'une telle interdiction pourraient être encore plus néfastes que celles du seul maintien.

Dernier argument juridique (*ultima ratio juris*) à sa disposition pour se défendre, la démocratie doit savoir l'utiliser avec prudence. L'enseignement à retenir ici est que la même prudence vaut lorsqu'il est finalement décidé de ne pas en faire usage. A travers cette (très) longue décision, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a manifestement tenté de faire à nouveau la preuve de toute la prudence juridique (*jurisprudencia*) qu'appelle sa fonction pour ne pas déclarer le NPD inconstitutionnel et confirmer ainsi les doutes de beaucoup d'observateurs quant à une telle démarche. Ne fallait-il pas d'ailleurs y voir comme une sorte de pis-aller dans le fait de réitérer la poursuite en justice du NPD – qui s'apparente davantage à un groupuscule qu'à un parti – au moment même où d'autres

formations ou mouvements, classées d'extrême droite, comme AfD (*Alternativ für Deutschland*) ou Pegida connaissent un succès grandissant soit dans les urnes, soit dans la rue ?

Je remercie le Professeur Olivier Jouanjan pour ses conseils en traduction et ai tiré grand profit de remarques faites au cours de son séminaire de droit public comparé.

Espagne

le 5 avril 2017

Pourquoi l'Espagne est gouvernée sans majorité. L'explication par un mode de scrutin hérité du franquisme

Anthony Sfez

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Palais de la Moncloa, Madrid

© Yeray Díaz Zbida CC BY 2.0

blog.juspoliticum.com

Gouverner sans majorité, tel est le défi auquel est confronté l'actuel gouvernement espagnol dirigé par le chef du Parti populaire (PP) Mariano Rajoy, investi le 31 octobre dernier par seulement 170 députés sur 350 du *Congreso de los diputados*, qui est l'équivalent de notre Assemblée nationale. Cette investiture fait suite à une crise politique sans précédent depuis l'instauration de la Constitution de 1978 : dix mois durant, de décembre 2015 à octobre 2016, s'enchaînèrent, d'abord une élection législative le 20 décembre, puis une dissolution en mai et, enfin, une nouvelle élection en juin, sans qu'aucun gouvernement ne puisse se former du fait de la division des forces parlementaires. Si, finalement, M. Rajoy a pu accéder au pouvoir sans avoir de majorité, c'est essentiellement grâce à son adversaire traditionnel, le Parti socialiste espagnol (PSOE) qui, pour éviter une seconde dissolution et la prolongation de cette situation politiquement intenable, a décidé de s'abstenir lors du vote d'investiture de M. Rajoy. Par ailleurs, facteur supplémentaire d'instabilité, parmi les députés qui ont soutenu M. Rajoy, 32 n'appartiennent pas à son parti mais à un allié de circonstance, bien indiscipliné, le parti centriste, Ciudadanos (C's). La crise d'instabilité politique espagnole n'est donc pas terminée et on peut d'ores et déjà constater, en ce début de législature, que non seulement le gouvernement éprouve bien des difficultés

à faire voter ses projets législatifs mais, qu'en plus, certaines lois importantes sont adoptées à son corps défendant. Dernier exemple en date, le rejet, le 16 mars dernier, par le Congrès des députés, d'un important décret-loi relatif aux dockers espagnols. Ce dernier échec de l'exécutif à trouver un soutien au Congrès, qui s'ajoute à bien d'autres revers depuis le début de la législature, a provoqué la colère du gouvernement, qui menace aujourd'hui de convoquer de nouvelles élections anticipées.

Cette situation d'instabilité politique est inédite en Espagne. Le système politique espagnol issu de la Transition de la dictature franquiste à la démocratie avait permis, jusqu'à récemment, non seulement la stabilité du pays mais, également, l'alternance au pouvoir des deux grands partis, le PSOE et le PP, dont les gouvernements successifs avaient toujours bénéficié du soutien de majorités stables et homogènes. Les élections de décembre 2015 et l'éparpillement des forces parlementaires qui en ont résulté ont donc ouvert une ère nouvelle. Comment l'expliquer ? Les causes de cette instabilité politique sont sans doute nombreuses : crise économique, crise territoriale liée au défi sécessionniste qui se présente en Catalogne, etc. C'est sur l'une des causes, la moins connue de cette crise politique, que ces quelques lignes entendent revenir : le système électoral espagnol.

Un mode de scrutin issu de la Transition de la dictature à la démocratie

I. Le mode de scrutin actuellement en vigueur en Espagne pour élire les députés du Congrès a été pensé et conçu en 1977 au cours de la Transition de la dictature à la démocratie et a servi à élire l'assemblée constituante qui rédigea la Constitution de 1978. Il est donc pré-constitutionnel et largement tributaire du contexte dans lequel s'est déroulé le changement de régime politique. Le passage de la dictature franquiste à la démocratie a été opéré en Espagne sans révolution juridique, c'est-à-dire dans le strict respect de la procédure de révision du « bloc de constitutionnalité franquiste » composé des six « Lois fondamentales du Royaume ». Plus précisément, c'est l'organe de révision de ce « bloc de constitutionnalité » – les Cortès franquistes, institution organique et corporatiste créée par Franco en 1942 – qui, par le biais de la fameuse *Loi pour la Réforme politique* de 1977, septième et dernière « Loi fondamentale du Royaume » – s'est volontairement dépossédée de son pouvoir de révision constitutionnelle pour le transférer à un nouvel organe, de futures Cortès bicamérales devant être élues, après le transfert du pouvoir constituant, au suffrage universel. Les Cortès franquistes n'ignoraient pas qu'en transférant leur pouvoir de révision à ce nouvel organe démocratiquement élu,

elles signaient non seulement l'arrêt de mort du régime franquiste mais aussi leur propre arrêt de mort. Ainsi, de façon apparemment paradoxale, la Transition vers la démocratie s'est faite en Espagne grâce au concours, on pourrait dire au suicide, de l'institution la plus emblématique de la dictature, institution dont le rôle était précisément de garantir la survie des principes idéologiques fondamentaux du régime franquiste. Et, sans doute, la Transition n'aurait-elle pas pu se faire autrement tant la contrainte de l'armée – qui n'aurait jamais accepté que la légalité franquiste soit entièrement mise à bas par un pouvoir constituant surgissant spontanément du néant – était encore prégnante après la mort du dictateur. Dans ce contexte, le ralliement formel de l'organe de révision, garant de cette légalité, n'était donc pas optionnel : il était, au contraire, la condition *sine qua non* d'une transition pacifique. Or, si les Cortès étaient conscientes, dans le contexte européen, du caractère inéluctable de la démocratie, elles n'entendaient pas pour autant accepter la destruction des fondamentaux idéologiques du régime franquiste. Né du soulèvement militaire de 1936, ce dernier s'est affirmé, au nom du Roi et de l'unité nationale, contre la II^e République fédérale. Préserver son héritage idéologique fondamental revenait donc avant tout à s'assurer, d'une manière ou d'une autre, que le nouveau régime ne serait pas une réminiscence de cette II^e République,

ou autrement dit que la monarchie et la forme unitaire de l'État ne seraient pas remises en cause par la future assemblée constituante. Cette garantie relative à la nature du futur régime résidait précisément dans le mode de scrutin mis en place pour élire ladite assemblée, entièrement conçu pour assurer une victoire électorale des forces de droite et de centre droit : des forces aux positions monarchistes et antifédéralistes.

II. Ce « testament » des *Cortès* franquistes se matérialisa dans la loi de transfert elle-même, la *Loi pour la Réforme Politique (LRP)* précitée, qui fixa dans sa première disposition additionnelle les grandes lignes du mode scrutin selon lequel devaient être élues les futures *Cortès* démocratiques disposant du pouvoir constituant. La caractéristique principale de ce mode de scrutin est de placer la Province au cœur du système. Les 50 Provinces ont été chacune érigée en circonscription électorale où devait se dérouler l'élection des 350 députés selon les deux modalités suivantes : d'abord, chacune des Provinces se voyait attribuer de droit un minimum de deux députés à élire, les autres sièges étant attribués à chaque Province proportionnellement à sa population. Ensuite, dans chaque circonscription, les sièges en jeu devaient être répartis entre les listes candidates en fonction du nombre de voix obtenues et en application de la formule de répartition de

sièges dite d'Hontd. C'est la conjonction de ces deux éléments, tous deux liés au choix de la Province comme circonscription électorale, qui devait assurer, et qui, de fait, assura, la victoire électorale des forces de droite. En effet, avec ce système, les *Cortès* franquistes ont instauré non pas un mais, en réalité, deux modes de scrutin. Dans les très nombreuses Provinces rurales peu peuplées où peu de sièges étaient en jeu (moins de 5), le mode de scrutin était clairement de type majoritaire, alors que dans les grandes circonscriptions urbaines très habitées, parce qu'il y avait beaucoup de sièges à répartir entre les listes candidates, le mode de scrutin était, à l'inverse, de type proportionnel. Cela n'a évidemment pas été fait au hasard. Les *Cortès* franquistes savaient pertinemment que la droite était majoritaire dans les circonscriptions rurales alors que la gauche faisait l'essentiel de ses voix dans les grandes villes. Il s'agissait donc, afin d'optimiser les voix de la droite, de faire bénéficier aux conservateurs des avantages du mode de scrutin majoritaire dans les circonscriptions où ils étaient forts, afin qu'ils s'emparent du plus de sièges possibles, tout en faisant bénéficier à ces derniers des avantages du mode de scrutin proportionnel dans les circonscriptions où la gauche était plus forte. Et le stratagème ne s'arrêtait pas là. Pour s'assurer de la victoire totale des conservateurs, il fallait également faire en sorte que les circonscriptions

rurales – précisément celles où les sièges en jeu étaient quasiment entièrement acquis à la droite du fait du mode de scrutin *de facto* majoritaire – soient surreprésentées en termes de sièges au Congrès. C'est tout le sens de la règle fixant un minimum de deux sièges par circonscription indépendamment de tout critère démographique. Cette règle a provoqué, et continue de provoquer, une véritable distorsion de représentation : une voix dans une circonscription rurale peut ainsi valoir, encore aujourd'hui, jusqu'à six fois plus que celle d'une circonscription urbaine.

Sans surprise, la stratégie des *Cortès* fonctionna à merveille. Avec environ 42% des suffrages exprimés, les partis de droite, de centre droit et d'extrême droite se situèrent loin, très loin, derrière les partis de gauche en termes de voix, mais, du fait du mode de scrutin, loin, très loin devant ces mêmes partis en termes de sièges à l'assemblée qui s'avéra constituante : 182 sièges contre 143 pour la gauche.

La constitutionnalisation d'un mode de scrutin responsable de l'instabilité politique actuelle

I. Le plus surprenant n'est pas tant que les *Cortès* franquistes aient instauré ce mode de scrutin mais que les Cours constituantes une fois élues l'aient, par la suite, non seulement conservé, mais également

constitutionnalisé. Elles disposaient d'un pouvoir sans limite et, par conséquent, de l'entière liberté d'adopter un autre mode de scrutin plus conforme au principe d'égalité des citoyens devant le suffrage. Elles ont pourtant décidé de reprendre un système électoral manifestement inégalitaire, instauré aux seules fins de satisfaire un organe issu d'un régime autoritaire. L'article 68 de la Constitution espagnole reprend en effet sur ce point presque mot pour mot les termes de la *Loi pour la Réforme politique*. Encore plus surprenant est le silence du PSOE sur cette question au cours des débats constitutants : l'article instaurant ce mode de scrutin fut, en effet, adopté de manière expéditive en séance plénière après moins d'une heure de débat et sans contestation des socialistes. Seul le communiste Jordi Solé Tura émit une timide objection. Probablement le PSOE avait-il déjà conscience que ce mode de scrutin, même s'il avantagerait la droite, lui permettrait tout de même de s'imposer comme la principale force d'opposition voire, un jour peut-être, s'il améliorerait son implantation dans les zones rurales, de gouverner. C'est effectivement ce qui se produisit : dès 1985, l'alternance arriva et le bipartisme, favorisé par ce mode de scrutin, s'implanta, assurant la stabilité politique du pays.

II. En 1977, en raison de l'état de la société espagnole qui venait de sortir de trente ans de dictature, la conjonction

des caractéristiques précitées du système électoral espagnol avait permis la victoire de la droite. De 1985 à 2015, l'évolution de cette société et la normalisation du vote en faveur du PSOE a favorisé le bipartisme en donnant toujours un léger avantage au PP. Dans une situation comme dans l'autre la stabilité politique était assurée, certes au détriment de la représentativité. En 2015, du fait de l'émergence récente de deux nouvelles forces politiques importantes, Ciudadanos et Podemos – très proches, surtout pour la seconde, des deux grands partis en termes de voix, ces mêmes caractéristiques ont produit un tout nouvel effet, germe de l'instabilité politique : la fragmentation du Congrès. D'un côté, en raison de sa composante proportionnelle, ce mode de scrutin s'est montré incapable, comme aurait pu le faire un mode de scrutin purement majoritaire, de préserver le bipartisme. En effet, pour percer en termes de sièges, Ciudadanos et Podemos ont largement profité du caractère proportionnel du mode de scrutin dans les grandes et moyennes circonscriptions. D'un autre côté, la composante majoritaire et inégalitaire de ce mode de scrutin a également empêché une franche refondation, sur des bases de stabilité nouvelle, du système politique espagnol car, dans les petites circonscriptions, le PSOE et surtout le PP se sont maintenus.

Ainsi, le mode de scrutin instauré en 1977 cumule aujourd'hui deux défauts : il n'est

pas représentatif et n'est même plus en mesure d'assurer la stabilité politique du pays. Une modification de ce mode de scrutin semble pourtant difficile car elle suppose une révision constitutionnelle. Or, l'Espagne souffre d'un autre mal : son incapacité à faire un usage normal, non seulement depuis 1978 mais, plus largement, dans son histoire constitutionnelle, du pouvoir de révision constitutionnelle. Mais c'est là un autre problème, sans doute encore plus profond.

Je remercie le Professeur Manon Altwegg-Boussac ainsi que Mathilde Montaubin pour leurs relectures et leurs remarques précieuses.

le 18 septembre 2017

Crise catalane : qui a suspendu quoi ?

Anthony Sfez

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Barcelone

© Philipp Reichmuth CC BY-SA 4.0

blog.juspoliticum.com

Depuis la Sentence 31/2010 du Tribunal constitutionnel espagnol relative au Statut d'autonomie de la Catalogne de 2006 qui a réduit à néant les espoirs des nationalistes catalans « modérés » de faire de l'Espagne un « État multinational », ces derniers se sont alliés aux nationalistes « radicaux » pour exiger l'organisation d'un référendum d'autodétermination en Catalogne. Face au refus réitéré de Madrid, la coalition nationaliste, majoritaire au Parlement catalan, a, au cours de la première semaine de septembre, adopté une Loi pour le Référendum qui... suspend l'applicabilité de la Constitution sur le territoire catalan jusqu'au référendum. La loi en question a elle-même été... suspendu par le Tribunal constitutionnel.

I Lors de l'instauration de la Constitution espagnole de 1978 et de l'État politiquement décentralisé dit « des autonomies », le nationalisme catalan s'est divisé en deux camps : les nationalistes dit « radicaux », principalement de gauche républicaine, essentiellement regroupés au sein d'*Esquerra Republicana Catalunya* (ERC) et les nationalistes dit « modérés », principalement incarnés par le parti de centre droit Convergence et Union (CiU). Les premiers ont, très tôt, rejeté la Constitution de 1978 au motif qu'elle était l'expression

unilatérale d'un sujet constituant unique, la Nation espagnole, alors qu'elle aurait dû être le résultat d'un pacte constitutionnel entre plusieurs sujets constituants originaires : les différentes « nations » (basque, catalane et espagnole) qui composent l'Espagne. Au contraire, les nationalistes modérés ont accepté la Constitution et son modèle territorial. Non pas que leurs positions sur la question territoriale différaient fondamentalement de celles des « radicaux » ; eux aussi ont toujours estimé que la Catalogne était une nation au sens politique et qu'elle disposait d'un droit inaliénable à l'autodétermination. Mais, contrairement aux « radicaux », les « modérés » espéraient pouvoir « changer l'Espagne » en lui faisant prendre conscience de sa « plurinationalité ». Ils avaient ainsi une ambition affichée : faire de l'Espagne un « État multinational ». Ils estimaient qu'une telle ambition était tout à fait possible dans le cadre de l'État des autonomies eu égard aux ambiguïtés rédactionnelles du texte constitutionnel sur la question territoriale, ambiguïtés qu'ils avaient eux-mêmes réussi à faire insérer en collaborant activement au processus constituant.

II. Tout au long du processus de développement de l'État des autonomies, les deux grandes forces nationalistes catalanes restèrent fidèles à leur discours d'origine. Alors qu'ERC n'a cessé de réclamer l'exercice

d'un droit à l'autodétermination de la Catalogne inexistant en droit positif – ce qui revenait donc à réclamer une rupture avec l'ordre constitutionnel espagnol – les modérés se sont parfaitement intégrés dans le système politique espagnol. La stratégie du catalanisme modéré culmina avec le Statut d'autonomie de la Catalogne de 2006. Celui-ci devait consacrer l'ambition du catalanisme modéré de faire de l'Espagne, dans le cadre de la Constitution de 1978, un État multinational. En effet, dans son préambule, le Statut définissait indirectement la Catalogne comme étant une « nation » et fondait son droit à l'autonomie non pas seulement sur la Constitution espagnole mais, également, sur une source extraconstitutionnelle : les « droits historiques » de la Catalogne à l'autogouvernement. Par ailleurs, le Statut augmentait l'autonomie de la Catalogne à travers la méthode dite du « blindage » des compétences. Il s'agissait, pour chacune des compétences dévolues à la Catalogne par la Constitution, d'en énumérer le contenu matériel, afin d'en donner une interprétation extensive qui devrait s'imposer tant au Tribunal constitutionnel qu'à l'État, ce qui revenait, indirectement, à réduire l'étendue matérielle des compétences exclusives de l'État.

Le Tribunal constitutionnel espagnol fut saisi par le Parti populaire (PP) en 2010 et

rendit sa célèbre Sentence 31/2010. Celle-ci réduisit à néant les ambitions du Statut. Le Tribunal jugea que la Constitution espagnole ne « reconnaît qu'une seule nation, la nation espagnole », que l'autonomie de la Catalogne se fondait uniquement sur la constitution et nullement sur ses prétendus droits historiques et, enfin, que le Statut d'autonomie était une norme infraconstitutionnelle et, qu'à ce titre, il ne pouvait en aucun cas définir le contenu matériel des compétences attribuées par la Constitution à la Catalogne : cette tâche d'interprétation incombe au seul Tribunal constitutionnel en sa qualité d'interprète suprême de la Constitution. L'ambition du nationalisme modéré de faire de l'Espagne un État multinational avait échoué.

III. Le discours du catalanisme politique « modéré » changea alors du tout au tout. Les « radicaux » avaient donc eu raison depuis le début : l'Espagne est « irréformable », elle refuserait toujours d'admettre son caractère plurinational. Ne subsistait plus qu'une seule solution : l'exercice du droit à l'autodétermination. Le Parlement catalan avec une majorité CiU commença donc, en 2012, à revendiquer l'organisation d'un référendum en Catalogne. Or, le référendum étant une compétence exclusive de l'État, pour se conformer à la légalité constitutionnelle espagnole – une légalité que, dans un premier temps du moins, les nationalistes

catalans « modérés » souhaitaient respecter contrairement aux « radicaux » – il fallait impérativement, suivant l'exemple écossais, que le référendum soit organisé de manière concertée. Malgré des demandes formelles émanant de la Catalogne, l'État espagnol refusa explicitement et à plusieurs reprises tant de transférer à la Catalogne sa compétence en matière référendaire que d'organiser lui-même un référendum. La motivation de ce refus consistait à souligner qu'un tel référendum d'autodétermination était inconstitutionnel, car il reviendrait à briser le fondement sur lequel repose la Constitution espagnole, à savoir l'indissoluble unité de la nation espagnole.

Face au refus réitéré de Madrid, les autorités catalanes s'orientèrent vers une seconde option, toujours en affirmant qu'elles souhaitaient respecter la légalité constitutionnelle espagnole : *la consultation*. Il s'agissait, disait-t-on en Catalogne, non pas d'organiser un véritable « référendum » mais une simple « consultation citoyenne ». Or, si le « référendum » relève de la compétence exclusive de l'État, ce n'est pas le cas de la « consultation » qui peut être organisée par une Communauté autonome. La Catalogne pouvait donc, suivant ce raisonnement, organiser une « consultation » de manière unilatérale sans porter atteinte à l'ordre constitutionnel espagnol. L'argumentation juridique ne

convainquit cependant ni l'État ni le Tribunal constitutionnel. La loi et le décret catalans organisant la consultation furent suspendus par ce dernier. La consultation, sans aucun fondement juridique, eu quand même lieu le 9 novembre 2014 mais fut déclarée illégale par le Tribunal constitutionnel espagnol quelques mois plus tard et certains des responsables politiques qui l'organisèrent – notamment Artur Mas président du gouvernement catalan à l'époque – furent condamnés à des peines d'inéligibilité par les juridictions judiciaires espagnoles. L'échec de la consultation de novembre 2014 fit conclure aux nationalistes « modérés » que, dans le cadre de la Constitution de 1978, la Catalogne ne pouvait organiser ni de consultation ni de référendum sur la question de son appartenance à l'Espagne. Là encore, les « radicaux » avaient vu juste : pour que la Catalogne puisse s'autodéterminer, il fallait sortir de ce cadre.

IV. Le 27 novembre 2015 eurent lieu les élections au Parlement de Catalogne. Les deux branches classiques du nationalisme catalan, CiU et ERC, se présentèrent sous une même étiquette : « *Junts pel Si* » (Ensemble pour le Oui). Leur position face aux électeurs catalans était nette : l'État espagnol nous a privé d'un véritable référendum malgré nos demandes réitérées. Dès lors, si nous obtenons la majorité, nous engagerons un « *processus de desconexión non subordinada* ». En d'autres

termes, la coalition nationaliste affirmait clairement dans son programme, qu'en cas de victoire électorale, elle n'hésiterait pas à rompre avec l'ordre constitutionnel espagnol. La coalition n'obtint ni la majorité des suffrages exprimés (39, 59%) ni la majorité des sièges (45,93%). Toutefois, elle s'allia avec une autre force indépendantiste d'extrême gauche la Candidature d'unité populaire (CUP) qui avait obtenu 9% des suffrages et 8% des sièges. Les mouvements clairement indépendantistes (*Junts pel Si* et la CUP), qui forment un bloc assez hétérogène mais mû par un objectif commun, obtinrent donc, après ces élections, une courte majorité absolue au Parlement. Ils pouvaient ainsi entamer le « processus de rupture » annoncé. Une résolution du Parlement proclama notamment l'ouverture d'un « processus constituant non subordonné » en vue de la création d'un État catalan indépendant sous forme républicaine.

Toutefois, malgré cet acte symbolique d'insubordination, aucune confrontation directe avec l'ordre constitutionnel espagnol n'avait encore été engagée. Les résolutions parlementaires ne sont pas, en effet, des actes juridiques. Elles ne sont que des déclarations d'intention du Parlement à portée politique. Malgré les exhortations de ses alliés radicaux, le président du gouvernement catalan, C. Puigdemont, issu du parti nationaliste anciennement modéré CiU, semblait encore

espérer pouvoir parvenir à ses fins – un référendum d'autodétermination – sans porter atteinte à la légalité constitutionnelle. Il réitéra sa demande à Madrid d'organiser conjointement un référendum. Il obtint la même réponse que son prédécesseur : un net refus. Il devenait de plus en plus évident pour l'aile « modéré » qu'être en faveur d'un référendum concerté revenait, dans les faits, à être contre tout référendum puisque le référendum concerté était impossible. Si les nationalistes voulaient un référendum, il fallait franchir le pas et non pas seulement, cette fois-ci, désobéir mais briser frontalement la légalité espagnole.

V. La rupture formelle avec l'ordre constitutionnel espagnol est intervenue au cours de la première semaine de septembre. Et de quelle manière ! La *loi pour le Référendum* du 6 septembre 2017 et la *Loi de Transition juridique et fondatrice de la République* adoptée deux jours plus tard ne sont pas seulement des défis lancés à Madrid. Elles ne peuvent même pas être qualifiées d'acte de désobéissance comme pouvait l'être la consultation de 2014 organisée sans base juridique et en dépit de la suspension. Elles constituent, à proprement parler, au sens juridique du terme, une véritable tentative de révolution, c'est-à-dire une tentative de substitution temporaire d'une légalité – la légalité espagnole – par une autre légalité – la

légalité catalane. La première loi ne se contente pas, en effet, de prévoir l'organisation d'un référendum d'autodétermination en Catalogne qu'elle fixe au 1er octobre 2017. Si tel était le cas, la loi catalane serait « simplement » inconstitutionnelle et non pas révolutionnaire. Là où la loi sur le référendum est révolutionnaire, et c'est toute la différence avec la consultation de 2014, c'est lorsqu'elle affirme explicitement à son article 3.2 qu'elle prévaut « *hiérarchiquement sur toutes les normes pouvant entrer en conflit avec elle (...)* », disposition qui vise très clairement la Constitution espagnole. Cette interprétation est confirmée par la première disposition additionnelle de la loi qui dispose que « *les normes (...) étatiques en vigueur en Catalogne au moment de l'approbation de cette loi sont toujours applicables si elles ne la contredisent pas* ». La *Loi pour le référendum* a donc tout simplement pour prétention de remplacer la Constitution espagnole, du jour de sa publication jusqu'à la tenue du référendum, en tant que norme suprême en vigueur sur le territoire catalan.

De ce point de vue, la suspension par le Tribunal constitutionnel de la loi en cause effectuée deux jours après son approbation en application de la Constitution espagnole ne saurait avoir le moindre effet juridique puisque la Constitution espagnole est, à présent, en Catalogne... suspendue. Elle est, jusqu'au

référendum, une norme hiérarchiquement inférieure à la *Loi pour le référendum* du 6 septembre. C'est la raison pour laquelle les autorités catalanes affirment non pas seulement que le référendum catalan aura lieu malgré la suspension du TC mais aussi qu'il est parfaitement légal ! La Constitution ne sera « rétablie » dans toute sa suprématie qu'en cas de réponse négative au référendum. Cette suspension sera, en revanche, définitive en cas de réponse positive des catalans et entrera alors, dans cette hypothèse, immédiatement en vigueur la *Loi de Transition juridique et fondant la République*. Celle-ci s'autodéfinit comme loi suprême de la Catalogne tant que cette dernière ne se sera pas dotée d'une Constitution, relègue la Constitution espagnole au rang de loi ordinaire et encadre le processus constituant à venir. On précisera qu'il est hautement improbable que le « non » l'emporte car ses partisans refusent de participer au référendum. Par ailleurs la loi ne fixe aucun taux de participation minimale (article 4.4 de la loi pour le Référendum).

VI. Aujourd'hui il y a donc deux ensembles normatifs qui prétendent à la suprématie juridique sur le territoire catalan : la constitution espagnole, expression de la souveraineté de la nation espagnole et la *Loi pour le référendum* complété par la *Loi pour la Transition juridique* et fondatrice de la République, expression, selon le Parlement

catalan, de la souveraineté de la nation catalane. Dans les jours qui viennent, le chef des « Mossos d'Escuadras », la police catalane, recevra sur son bureau deux ordres contradictoires : l'un émanant du gouvernement de Madrid lui intimant de « bloquer les urnes » et de saisir tout le matériel qui pourrait servir au référendum organisé en application d'une loi suspendue par le TC sur le fondement de la Constitution, l'autre provenant du Parlement et du gouvernement catalan qui lui ordonnera, en application de cette même loi, d'assurer la tenue du référendum. Quel ordre va-t-il respecter ? A quelle légalité va-t-il prêter allégeance ? C'est de la décision de ce dernier, de celle de ces hommes et, plus généralement, de celle des hommes et des femmes qui composent l'administration et la société catalane qui déterminera, bien plus que n'importe quelle théorie juridique ou n'importe quelle décision juridictionnelle, si la « révolution catalane » aboutira.

le 12 octobre 2017

Crise catalane : suspension de la procédure d'adoption de la Déclaration d'indépendance

Anthony Sfez

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



L'intérieur du parlement de Catalogne, Barcelone

© DagafeSQV CC BY-SA 3.0

blog.juspoliticum.com

Le 10 octobre dernier, dans son discours devant le Parlement catalan, le Président du gouvernement catalan n'a pas adopté une Déclaration d'indépendance de la Catalogne dont il aurait immédiatement suspendu les effets. Il a, en revanche, suspendu la procédure d'adoption d'une Déclaration d'indépendance déjà prête. Cette nuance et l'ambiguïté qui en découle ont d'importantes implications tant sur le plan judiciaire que politique.

Mardi 10 octobre au soir le Président du Gouvernement catalan, Carles Puigdemont, a déclaré : « *arrivé à ce moment historique, j'assume, comme président de la Generalitat, en présentant les résultats du référendum devant le Parlement et nos concitoyens, le mandat du peuple selon lequel la Catalogne se convertit en un État indépendant sous forme Républicaine* ». Il a ajouté « *nous proposons que le Parlement suspende les effets de la déclaration d'indépendance afin, dans les prochaines semaines, d'engager le dialogue* ». Les députés de la majorité indépendantiste ont par ailleurs tous signé, en dehors de la séance et de manière informelle, une Déclaration d'indépendance.

De ces deux éléments, la majorité de la presse espagnole et française a déduit que la Catalogne avait adopté, le 10 octobre dernier,

une Déclaration d'indépendance mais qu'elle avait immédiatement suspendu les effets de cette dernière. En réalité, le Président catalan n'a pas immédiatement suspendu les effets d'une déclaration qu'il aurait préalablement adoptée, il a suspendu ou différé la procédure d'adoption d'une Déclaration qui n'a, par conséquent, tout simplement pas été adoptée.

Plusieurs éléments confirment cette interprétation. D'abord, le fait que la *Loi pour le référendum* adoptée par le Parlement catalan le 6 septembre dernier prévoit explicitement que la Déclaration doit être *formellement* adoptée en séance plénière par le Parlement catalan. Le Président Puigdemont a lui-même rappelé cette exigence légale lors de son discours. Par conséquent, en vertu de la légalité parallèle instaurée par le Parlement catalan, le Président du gouvernement ne dispose pas de la compétence pour déclarer l'indépendance. Le Président s'est donc rendu devant le Parlement réuni en séance plénière pour lui annoncer non pas qu'il adoptait la Déclaration pour la suspendre ensuite, mais qu'il suspendait la procédure d'adoption de cette dernière. C'est la seule chose que peut faire le Président catalan : repousser la procédure d'adoption mais en aucun cas adopter lui-même la Déclaration. Son discours alambiqué, qui par ailleurs diffère peu sur le fond de celui qu'il avait fait le soir du 1er octobre lors de l'annonce des résultats

du pseudo référendum, ne peut donc valoir déclaration formelle d'indépendance. Seul le Parlement catalan a compétence pour déclarer l'indépendance et il doit, conformément à la *Loi pour le Référendum*, le faire formellement en séance plénière, ce qui ne s'est évidemment pas produit le 10 octobre dernier.

Ensuite, c'est le contenu même de la Déclaration signée de manière informelle par les députés indépendantistes qui confirme cette interprétation. Si cette dernière avait été adoptée mais immédiatement suspendue, elle aurait dû contenir en son sein une sorte de clause exprimant cette volonté de n'être appliquée que de manière différée ou alors seulement à la condition que certains événements se produisent (ou ne se produisent pas). Par exemple, elle aurait pu expliquer que c'est seulement l'échec des négociations avec Madrid qui débloquerait la suspension de ses effets juridiques. Or, on ne trouve rien de semblable dans la Déclaration signée par les députés souverainistes catalans. Au contraire, il s'agit d'une Déclaration d'indépendance « prête à l'usage » qui prévoit l'ouverture immédiate et sans délai du processus transitionnel méticuleusement organisé par la *Loi de transition juridique fondatrice de la République catalane*. Si, à ce jour, ce processus n'est pas ouvert en Catalogne, c'est parce que la Déclaration a été suspendue mais parce qu'elle n'a pas été adoptée. La

Déclaration est donc prête mais se trouve en attente d'une éventuelle adoption et celle-ci interviendra, si elle doit intervenir, selon les formes prévues par la *Loi pour le Référendum*.

Toutes ces considérations ont d'importantes conséquences tant sur le plan judiciaire que politique. Sur le plan judiciaire, l'adoption d'une Déclaration d'indépendance, quand bien même on prétendrait en différer les effets, constitue un délit de sédition voir de rébellion. Ainsi, si l'on considérait que le Président Puigdemont a bien fait adopter une Déclaration d'indépendance le 10 octobre, il pourrait être poursuivi par la justice espagnole pour sédition ou pour rébellion. Peu importe qu'il ait différé les effets de la Déclaration, le délit aurait été constitué et il pourrait dès lors être arrêté. Si, au contraire, il a suspendu la *procédure d'adoption de la Déclaration* – ce que nous pensons être le cas – et non pas les *effets d'une Déclaration déjà adoptée*, la justice espagnole sera forcée de constater que, ce faisant, il n'a commis aucun délit. Il est resté dans le domaine de la pure déclaration d'intention en annonçant que, dans les jours qui viennent, il fera peut être (ou peut être pas) adopter par le Parlement catalan une Déclaration d'indépendance unilatérale. En d'autres termes, il s'est contenté d'annoncer son projet de commettre un délit dans les prochaines semaines. Il a même exhibé, aux yeux de tous, l'objet du futur délit en

présentant la Déclaration. Il n'a cependant pas encore commis celui-ci car la Déclaration n'a pas formellement été adoptée. Elle est, pour l'heure, d'ordre purement symbolique.

Si le Président catalan n'a pas dit les choses clairement le 10 octobre, c'est parce que, sur le plan politique, cette ambiguïté le sert, du moins pour le moment. En évitant de préciser qu'il suspend l'adoption de la Déclaration – ce qu'il a pourtant fait en réalité – il tente de ménager l'aile radicale des indépendantistes et, surtout, il ne donne pas l'impression de reculer. Toutefois, dès le lendemain, Madrid lui a intimé l'ordre de clarifier sa position et de dire s'il a déclaré ou non l'indépendance de la Catalogne. A cette clarification, le Président catalan rechigne à se livrer, tant il est dans son intérêt de maintenir l'ambiguïté. Le plus probable est donc que le Président catalan, s'il se décide à répondre à l'injonction de Madrid, réitère à peu près dans les mêmes termes ce qu'il a dit au Parlement catalan à savoir qu'il a suspendu les effets d'une déclaration... qui n'a pas été adoptée et qu'il n'a pas la compétence d'adopter !

Toutefois, si une telle position le protège à la fois de la justice espagnole et de la défection de ses soutiens les plus radicaux, elle ne le protège en rien de l'utilisation par Madrid de l'article 155 de la Constitution espagnole, en vertu duquel

« si une Communauté autonome ne remplit pas les obligations que la Constitution ou d'autres lois lui imposent ou si elle agit de façon à porter gravement atteinte à l'intérêt général de l'Espagne, le Gouvernement, après avoir préalablement mis en demeure le président de la Communauté autonome et si cette mise en demeure n'aboutit pas, pourra, avec l'approbation de la majorité absolue du Sénat, prendre les mesures nécessaires pour la contraindre à respecter ces obligations ou pour protéger l'intérêt général mentionné ». Le gouvernement espagnol n'a, en effet, que faire de la logique interne à la légalité parallèle instaurée par le Parlement catalan et il n'est pas, contrairement à la justice espagnole, dans l'obligation d'attendre un acte formel d'indépendance pour réagir. Une réponse alambiquée du Président catalan n'empêcherait donc pas le gouvernement espagnol d'utiliser l'article précité, ce qui lui permettrait d'assumer l'ensemble des compétences politiques dévolues par la Constitution espagnole aux institutions catalanes. La mise en demeure formelle de clarification envoyée par Madrid au Président de la *Generalitat* le 11 octobre dans l'après-midi confirme cette idée. On peut y lire que toute réponse autre que « oui » ou « non » à la question de savoir s'il a déclaré l'indépendance de la Catalogne entraînerait exactement les mêmes effets qu'une réponse positive : l'enclenchement de l'article 155 CE.

Au regard de ces éléments, on peut se demander où veut aller le gouvernement catalan. Si son objectif, comme l'a affirmé à plusieurs reprises son Président, est de devenir un État indépendant sous forme républicaine, il devra nécessairement, tôt ou tard, adopter formellement cette Déclaration d'indépendance et tenter l'aventure de la sécession unilatérale. Le gouvernement catalan sait pertinemment qu'il n'obtiendra rien de Madrid qui n'acceptera ni de négocier avec lui, ni de nommer un médiateur. L'appel à la négociation est par conséquent parfaitement vain et les nationalistes catalans en ont certainement conscience. Le discours qu'a tenu Mariano Rajoy devant le Congrès des députés le 11 octobre n'a donc fait que confirmer ce que tout le monde savait déjà : il ne négociera avec personne la question du maintien de l'intégrité territoriale de l'Espagne.

Cette suspension de l'adoption de la Déclaration d'indépendance serait-elle donc un moyen de reculer pour mieux sauter ? Dans cette hypothèse, il s'agirait, pour le gouvernement catalan dans les semaines qui viennent, de renforcer la perception de l'intransigeance madrilène à refuser toute négociation afin d'essayer de convaincre la Communauté internationale ainsi que la majorité des catalans – qui est encore incertaine – que l'unilatéralisme est la seule

solution. Dans cette perspective, l'utilisation par Madrid de l'article 155 CE pourrait même renforcer la position de Barcelone. L'article 155 CE n'est pas une formule magique, il ne permettrait pas à Madrid de reprendre automatiquement le contrôle de la Catalogne mais simplement de donner directement des ordres à l'administration catalane et éventuellement de dissoudre le Parlement catalan. Toutefois, si l'administration catalane continuait, à l'image de la police catalane lors du référendum, de s'opposer aux ordres de Madrid, si les députés indépendantistes catalans refusaient la dissolution ordonnée par Madrid et décidaient, pour paraphraser le célèbre serment du Jeu de Paume de 1789, de ne jamais se séparer et de se rassembler partout où les circonstances l'exigent, jusqu'à ce que la Constitution de la République catalane soit affirmée sur des fondements solides, l'usage de l'article 155 de ne serait d'aucun secours. Au contraire, il aggraverait encore plus la bipolarisation. C'est peut être exactement ce que cherche à faire le gouvernement catalan.

Je remercie les Professeurs Cécile Bargues et Olivier Beaud pour leurs relectures et leurs remarques précieuses.

le 10 novembre 2017

Pourquoi la Catalogne n'a pas vraiment déclaré son indépendance

Anthony Sfez

**Doctorant,
Université Paris II Panthéon-Assas**



Parlement de Catalogne, Barcelone

© Darz Mol GFDL, CC-BY-SA-3.0 ou CC BY-SA 2.5-2.0-1.0

De l'avis presque unanime de la presse internationale, le Parlement catalan aurait déclaré l'indépendance de la Catalogne. Quatre éléments remettent en question cette théorie et tendent par ailleurs à montrer que la stratégie des souverainistes, tant sur le plan politique que judiciaire, ne relève pas tant qu'on pourrait le croire de l'improvisation.

Il ne fait aucun doute que, sur le plan symbolique, ce qu'il s'est passé le vendredi 27 octobre dernier au Parlement catalan restera longtemps gravé dans la mémoire collective des Catalans et plus généralement de l'ensemble des Espagnols. Le décompte des voix, l'annonce solennelle du résultat du vote par la Présidente du Parlement, les applaudissements, l'hymne catalan entonné par les députés de la coalition souverainiste, la foule en liesse réunie devant les portes de l'hémicycle, tous ces éléments ont conféré une grande solennité à la session. Peut-on pour autant dire qu'il y a eu une véritable « Déclaration d'indépendance » ?

Une fausse déclaration d'indépendance

Quatre raisons permettent d'affirmer que, contrairement aux apparences, il n'y a sans doute pas eu de Déclaration d'indépendance de la Catalogne le 27 octobre dernier.

Tout d'abord, les députés catalans n'ont pas voté directement un texte proclamant la création d'un État catalan indépendant, mais une *résolution* contenant un texte qui s'apparente à une Déclaration d'indépendance. Cette singularité de type formel a son importance car, à notre connaissance, aucune Déclaration d'indépendance n'a jamais été insérée dans un autre acte. La Déclaration d'indépendance des États-Unis, celle d'Israël ou encore la Déclaration d'indépendance du Kosovo sont des actes en-soi, adoptés en tant que tels.

Ensuite, ce qui renforce l'idée selon laquelle il n'y pas eu de véritable Déclaration d'indépendance le 27 octobre dernier en Catalogne tient à la nature même du texte de la déclaration catalane : *une résolution*. Une résolution, ainsi que la définit lui-même le règlement intérieur du Parlement catalan, n'est pas un acte juridique ayant une force obligatoire pour ses destinataires mais un acte par lequel le Parlement catalan exprime un avis ou une opinion sur une question politique. Par cet acte qu'est la résolution, le Parlement ne fait donc que donner sa position sur telle ou telle question et se borne à recommander ou à inviter, sans que cela n'ait la moindre force contraignante, le gouvernement ou les Catalans à suivre tel ou tel comportement ou à adopter telle ou telle mesure. Bref, une

résolution du Parlement catalan n'a pas de portée normative.

Le Parlement catalan a ainsi, à plusieurs reprises depuis 2012, adopté des résolutions proclamant la souveraineté du peuple catalan sans que cela n'ait eu le moindre effet. Tel fut par exemple le cas le 9 novembre 2015, lorsque le Parlement catalan adopta une résolution qui proclamait « *solennellement le début d'un processus de création d'un État catalan indépendant sous forme de République* » et appelait le gouvernement catalan à prendre des mesures effectives en ce sens¹. La résolution fut pourtant accueillie dans la plus parfaite indifférence non seulement par la Communauté internationale mais également par l'État espagnol, qui s'était contenté de déférer ladite résolution au Tribunal constitutionnel. Ce dernier – tout en confirmant un revirement de jurisprudence de 2013 selon lequel une résolution pouvait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité – réaffirma alors qu'un tel acte d'impulsion de l'action du gouvernement était dépourvu de force obligatoire².

Par ailleurs, une autre raison – et certainement la plus forte – accréditant cette thèse de l'inexistence d'une Déclaration d'indépendance catalane réside dans la manière dont la résolution en cause a été soumise au vote des députés. La résolution

était divisée en deux parties et c'est dans sa première partie dite « déclarative » – une sorte d'exposé des motifs – que se trouvait le texte de la Déclaration d'indépendance. La seconde partie dite « dispositive » contenait un texte assez similaire à celui de la résolution précitée de 2015, c'est-à-dire un appel à l'initiation d'un processus constituant. Or, si la partie « déclarative » de la résolution a bien été lue à haute voix par la Présidente du Parlement devant les députés catalans, quelques minutes avant le début du vote, *elle n'a pas été soumise au vote*. En effet, immédiatement après la lecture, la Présidente du Parlement a annoncé, par une phrase très courte qui est passée totalement inaperçue, que le Parlement allait procéder au vote de la partie « dispositive » de la résolution, c'est-à-dire la partie... où ne se trouve pas le texte de la Déclaration ! Mais comme le vote a commencé quelques instants seulement après la lecture de la partie déclarative de la résolution, cela a donné le sentiment à l'assistance, et c'était évidemment l'effet recherché, que l'on procédait au vote du texte lu par la Présidente alors que ce n'était pas du tout le cas³.

Enfin, le dernier élément allant dans le sens de l'inexistence d'une « véritable » Déclaration d'indépendance réside dans le fait que la résolution catalane n'a été suivie d'aucun acte concret visant à instaurer l'État catalan. La Candidature d'Unité Populaire (CUP),

L'aile radicale de la coalition indépendantiste catalane, avait bien proposé de mettre en place des « structures d'État » et, pour ce faire, de tenter de prendre le contrôle des aéroports et des autoroutes catalanes. Mais force est de constater qu'aucune action, passive ou active, n'a été coordonnée par les leaders catalans destitués en vue de rendre effective cette République qu'ils avaient prétendument proclamée. Bien au contraire, le 9 novembre dernier, devant la justice espagnole, la Présidente du Parlement catalan Carmen Forcadell a expressément reconnu que la Déclaration d'indépendance était purement « symbolique » et qu'elle n'avait aucune valeur juridique ! Reste à comprendre maintenant les raisons de cette curieuse stratégie catalane.

La stratégie judiciaire des souverainistes catalans

Pourquoi les souverainistes catalans agissent-ils de la sorte ? D'abord, pour des raisons judiciaires. Il s'agit d'éviter aux anciens membres du gouvernement catalan ainsi qu'à la Présidente du Parlement de Catalogne des condamnations pour rébellion ou sédition. Ces délits impliquent des actes concrets visant à s'opposer, par la force ou par la violence, à l'application de la loi ou de la Constitution espagnole. Ils peuvent entraîner des peines allant jusqu'à vingt-cinq ans d'emprisonnement. Adopter une « véritable »

Déclaration d'indépendance – surtout si cette dernière avait été suivie de tentatives de prise de contrôle de l'administration catalane par le Gouvernement catalan destitué en vue de s'opposer au rétablissement de la légalité constitutionnelle espagnole – aurait ainsi pu avoir de graves conséquences sur le plan pénal pour les leaders souverainistes.

Les parlementaires catalans s'étant contentés d'adopter une résolution dépourvue de valeur contraignante et s'étant abstenus de voter directement la partie de la résolution qui contenait le texte de la Déclaration d'indépendance comme de prendre des actes concrets destinés à établir la République catalane, les leaders indépendantistes ne devraient pas pouvoir être condamnés pour rébellion ou sédition, du moins pour ce qui concerne les faits qui se sont produits le 27 octobre ainsi que pour les événements qui ont suivis cette « Déclaration ».

La Présidente du Parlement catalan pourrait, tout au plus, être condamnée pour *désobéissance*, car elle a soumis la résolution au vote du Parlement catalan alors même que le Tribunal constitutionnel lui avait expressément ordonné, dans sa décision annulant la loi pour le référendum catalan, de paralyser toute procédure parlementaire en lien avec ladite loi. La désobéissance est un délit régulé à l'article 410 du Code pénal

espagnol. Il revient, pour un dépositaire de l'autorité publique, à refuser ouvertement et délibérément – sans faire usage de la force ou de la violence – d'appliquer la loi ou une décision de justice. Contrairement à la rébellion ou à la sédition, la désobéissance n'implique pas de peine de prison mais une forte amende ainsi qu'une peine d'inéligibilité pouvant aller jusqu'à deux ans.

La stratégie fonctionne puisqu'on constate que dans la plainte que le parquet espagnol a déposée à l'encontre des leaders catalans devant les juridictions pénales compétentes – l'Audience nationale pour les anciens ministres catalans, le Tribunal suprême pour la Présidente du Parlement – la « Déclaration d'indépendance » du 27 octobre est à peine évoquée. C'est essentiellement en s'appuyant sur des actes en rapport avec la préparation et l'organisation du référendum du 1^{er} octobre que le parquet cherche à démontrer l'existence des délits de rébellion et de sédition. Mais, là encore, en dépit des poursuites engagées par le parquet espagnol, les leaders indépendantistes espèrent éviter des condamnations pour ces délits en arguant qu'aucune violence et qu'aucun usage de la force ne leur est directement imputable. Il est probable que, pour se défendre, ils fassent également usage du précédent de la condamnation d'Artur Mas, l'ancien Président du gouvernement catalan. Ce dernier après avoir organisé une consultation

sur l'indépendance de la Catalogne, interdite par le Tribunal constitutionnel le 9 novembre 2014, avait été condamné par la justice pour désobéissance. Ainsi, c'est ce type de condamnation qu'espèrent sans doute encourir les leaders indépendantistes pour avoir maintenu le référendum interdit, condamnation qu'ils savaient inévitable, qu'ils avaient sans doute anticipée et qu'ils sont, par conséquent, parfaitement prêts à assumer...

Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, la mise en détention provisoire de huit des anciens membres du gouvernement catalan décidé le 2 novembre dernier par le juge de l'Audience nationale⁴ a pu apparaître comme un coup dur portée à la stratégie judiciaire des souverainistes. Le juge a en effet, contre toute attente, fondé sa décision d'incarcération préventive notamment sur la gravité des accusations portées à l'encontre des prévenus et sur l'accusation de rébellion. Il convient toutefois de relativiser cette décision du juge de l'Audience nationale, qui ne devrait pas remettre fondamentalement en cause la stratégie judiciaire des souverainistes catalans. En toute objectivité, et en dépit de la décision d'incarcération préventive, une condamnation pour rébellion ou sédition à l'issue du procès apparaît peu probable. La plupart des pénalistes espagnols ou catalans⁵ s'accordent en effet pour dire que ces délits, qui nécessitent des actes insurrectionnels violents, inexistantes en l'espèce, ne sont pas constitués.

On précisera, en ce sens, que le Tribunal suprême espagnol, pour l'heure seulement compétent pour juger de la responsabilité pénale de la Présidente du Parlement catalan et des députés catalans en charge de l'ordre du jour du Parlement, a autorisé une libération sous caution des ces derniers alors qu'ils sont poursuivis pour les mêmes faits que les anciens ministres catalans. Toutes les cautions ont été prises en charge par le puissant réseau associatif indépendantiste catalan. Il est probable que, dans les jours qui viennent, le Tribunal suprême espagnol décide de se saisir de l'ensemble de l'affaire. Il devrait alors, comme il l'a fait pour la Présidente du Parlement, relâcher, sous caution, les anciens ministres catalans détenus.

La stratégie des souverainistes catalans procédait donc, sur le plan judiciaire, du souci d'éviter les condamnations pour rébellion ou sédition. Mais qu'en est-il sur le plan politique ?

La stratégie politique des souverainistes catalans

Si les leaders souverainistes n'avaient pas l'intention de lutter, d'une manière ou d'une autre, pour rendre effective cette République catalane, pourquoi avoir envoyé les Catalans voter et s'exposer à des risques de violence, le 1^{er} octobre dernier ? Pourquoi avoir simulé

une Déclaration d'indépendance et continuer d'affirmer publiquement – sauf évidemment devant les tribunaux – que la République catalane est bien là alors qu'à l'évidence, l'ordre constitutionnel espagnol a bien été rétabli et que rien n'est fait du côté des leaders souverainistes pour s'opposer à cette restauration de la légalité espagnole ?

On peut esquisser une première hypothèse, sans doute la plus répandue tant en Espagne qu'en France. Elle consiste à soutenir que les souverainistes, face au départ d'un nombre important d'entreprises de Catalogne et à l'absence de soutien sur le plan international, auraient finalement décidé de reculer et, pour ne pas « perdre la face », de déclarer « symboliquement » l'indépendance. Cela expliquerait leur passivité depuis la « Déclaration » : ils auraient compris que leur projet d'indépendance est à ce stade compromis et, par conséquent, ils auraient tacitement accepté le rétablissement de l'ordre constitutionnel espagnol.

Toutefois, cette hypothèse ne nous semble pas entièrement fondée. Une partie de la coalition a sans doute été ébranlée par le départ massif d'entreprises ainsi que par l'absence d'intervention de l'Union Européenne. Il est cependant peu probable que les leaders de la coalition n'aient pas anticipé ces événements. Depuis plusieurs années déjà,

les souverainistes catalans sillonnent l'Europe à la recherche de soutiens et essaient, en vain, de rassurer le monde de l'entreprise. Ils savaient donc très bien à quoi s'attendre. On peut donc douter que la coalition ait pu croire un seul instant que la Catalogne avait, à ce stade, véritablement les moyens de proclamer unilatéralement son indépendance et de la rendre effective.

Alors, quel était leur but ? Il est possible que leur objectif ait été, depuis le début, non pas l'indépendance effective, du moins au cours de cette législature, mais plutôt de contraindre Madrid à organiser un référendum concerté ou, en cas d'échec assez probable de ce premier objectif, d'aller vers de nouvelles élections au Parlement de Catalogne. Mais pas dans n'importe quelles conditions.

Il fallait d'abord que ces nouvelles élections soient gagnables. Or, elles auraient été perdues d'avance si le Parlement catalan avait été dissous par le Président catalan ou si la législature était arrivée à son terme sans, au préalable, avoir donné l'impression aux électeurs indépendantistes que la République catalane avait été proclamée. Il convient de rappeler que la coalition souverainiste s'était présentée en 2015 devant les électeurs catalans avec pour programme de déclarer l'indépendance de la Catalogne⁶ et que c'est sur ce programme qu'elle a remporté les élections.

Dissoudre le Parlement ou arriver au terme de la législature en cours sans avoir donné l'impression d'avoir déclaré l'indépendance relevait du suicide électoral par démobilisation et division de l'électorat indépendantiste.

La « fausse » Déclaration d'indépendance du 27 octobre dernier n'était donc pas destinée à obtenir l'indépendance de la Catalogne. Elle était destinée, nous semble-t-il, d'une part, à galvaniser l'électorat indépendantiste en vue de prochaines élections et, d'autre part, à pousser l'État espagnol à dissoudre lui-même le Parlement catalan en application de l'article 155 de la Constitution espagnole, de sorte que ces élections puissent être présentées par les souverainistes comme étant un plébiscite pour la « *République catalane libre et souveraine* » et contre « *l'État espagnol oppresseur qui a suspendu l'autonomie catalane* ».

C'est aujourd'hui chose faite : le gouvernement espagnol, en application de l'article précité, a annoncé la convocation d'élections pour le 21 décembre prochain et les partis souverainistes ont presque tous confirmé qu'ils y participeraient. Le fait que ces derniers n'aient pas encore réussi à constituer une liste unique pour ces élections ne signifie pas qu'ils soient divisés sur le plan programmatique. En effet, les trois principaux partis indépendantistes

(PDeCAT, ERC et la CUP), s'ils venaient à se présenter séparément, n'en placeraient pas moins la « République catalane » en tête de leurs programmes respectifs. Rien ne les empêcherait s'ils sont majoritaires, de former une coalition au Parlement catalan après les élections. Par ailleurs, l'absence de liste unique, si elle se confirmait, ne réduirait pas, comme on a pu l'entendre, les chances des partis souverainistes d'obtenir la majorité des sièges. En effet, le mode de scrutin pour élire les députés catalans est proportionnel, de sorte que l'avantage qu'aurait pu offrir une candidature souverainiste sous forme de liste unique est assez minime. En ce sens, de récents sondages ont montré que l'option des listes séparées permettrait aux souverainistes d'obtenir tout autant de sièges – voir plus selon certains sondages – que l'option de la liste unique. D'ailleurs, les partis « unionistes » – essentiellement le Parti populaire, le Parti socialiste de Catalogne et les centristes de Cuidadanos – qui placeront sans doute en tête de leurs programmes le maintien de la Catalogne dans l'État espagnol, se présenteront également séparément. Il y aura donc bien, aux élections du 21 décembre prochain, qu'il y ait ou non une liste souverainiste unique, deux « fronts programmatiques » qui s'opposeront : un front « constitutionnel », auquel les sondages promettent entre 50 et 60 sièges sur 135 et un front « pour la République catalane » qui

devrait obtenir entre 65 et 70 sièges selon les sondages⁷.

Il fallait ensuite que le résultat de ces futures élections au Parlement de Catalogne, en cas de victoire des souverainistes, force l'État espagnol à faire ce qu'il refuse de faire depuis plusieurs années : négocier. Or pour forcer Madrid à la négociation, il convenait d'internationaliser le conflit en attirant le regard de la Communauté internationale et notamment de l'Union européenne sur ces futures élections. Cela fait maintenant plusieurs années que les partisans du « droit de décider » remportent toutes les élections en Catalogne, sans que l'État espagnol ne modifie sa position. Les choses ont maintenant changé. Avec le « référendum » du 1^{er} octobre dernier, la « pseudo » Déclaration d'indépendance de ce 27 octobre et enfin la « fuite » de Carles Puigdemont à Bruxelles, le monde entier aura les yeux rivés sur les élections du 21 décembre prochain. En cas de victoire des souverainistes, Madrid aura beaucoup de mal à demeurer intransigeant. C'est du moins ce qu'espèrent les souverainistes catalans.

Ainsi, d'une certaine manière, et malgré quelques rebondissements et imprévus notamment sur le plan judiciaire, les souverainistes catalans auront eu ce qu'ils cherchaient depuis le début : un plébiscite sinon sur l'indépendance de la Catalogne, au

moins sur la question de la « situation de la Catalogne dans l'Espagne ». Celui-ci aura lieu, sous le regard attentif de toute la Communauté internationale, le 21 décembre prochain. Et, avec ou sans liste unitaire, les souverainistes catalans peuvent le gagner.

Je remercie les Professeurs Cécile Bargues et Olivier Beaud pour leurs relectures et leurs remarques précieuses.

¹ Voir notre article sur ce blog <http://blog.juspoliticum.com/2017/09/18/crise-catalane-qui-a-suspendu-quoi-par-anthony-sfez/>

² Tribunal constitutionnel, *Sentence* 259/2015 du 2 décembre 2015.

³ Lien vers l'intégralité de la séance du Parlement de Catalogne <https://www.youtube.com/watch?v=kaxcsAbeTe8&t=5245s.1h27mn> et 09s où l'on peut entendre clairement la Présidente du Parlement, après avoir lu la partie déclarative de la résolution, annoncer en catalan « à présent nous allons voter la partie dispositive de cette proposition de résolution ».

⁴ Lien vers la décision du juge de l'Audience nationale.

⁵ Voir notamment Jordi Nieva Fenoll, « No. No procedía prisión » sur le blog « Agenda pública » <http://agendapublica.elperiodico.com/no-no-procedia-la-prision/>

⁶ Voir notre billet sur ce blog <http://blog.juspoliticum.com/2017/09/18/crise-catalane-qui-a-suspendu-quoi-par-anthony-sfez/>

⁷ Et, entre ces deux « fronts », il y aura la branche catalane de Podemos, qui sans être indépendantiste, plaide pour l'organisation d'un référendum d'autodétermination concerté (10-12 sièges selon les sondages).

Europe

le 13 avril 2017

Une « démocratisation » européenne contre les politiques d'austérité ? Le T-Dem ou le pari d'une zone euro à visage humain

Jean Grosdidier

**Doctorant,
Ecole de droit de Sciences Po**



Parlement européen, Bruxelles

La démocratisation de la zone Euro a récemment fait l'objet d'une proposition qui mérite l'attention. En rédigeant un Traité en ce sens, Stéphanie Hennette, Thomas Piketty, Guillaume Sacriste et Antoine Vauchez ont relancé les débats sur les moyens juridiques des réformes en Europe ainsi que sur leur contenu. Dans un cadre volontairement académique, nous souhaiterions souligner le double intérêt que présente leur démarche consistant, d'une part, à tenir ensemble analyse juridique et analyse des politiques économiques et, d'autre part, à entretenir ainsi les discussions sur la place et le rôle des mécanismes démocratiques dans l'économie.

Dix ans de crise n'ont pas épuisé les propositions sur l'avenir de l'Union européenne. On ne dénombre même plus les analyses et les propositions formulées par les économistes de tous bords. En comparaison, la voix des juristes s'est faite plus rare. La récente proposition d'un traité de démocratisation de la zone Euro (T-Dem) rédigée par Stéphanie Hennette, Thomas Piketty, Guillaume Sacriste et Antoine Vauchez (*Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Seuil, 2017, 93 p.), mérite donc l'attention. Les auteurs défendent une « démocratisation de l'Europe » par le moyen d'un traité de la zone Euro. Ils préfèrent la

forme « concrète » d'une proposition de Traité aux oppositions rhétoriques qui ont souvent caractérisé les débats sur l'Union européenne.

A cet égard, un dialogue a été récemment engagé sur le *Verfassungsblog.de* (Blog allemand de droit constitutionnel¹). Les auteurs du T-Dem y ont poursuivi une « conversation transnationale » sur la question de la démocratisation de la zone Euro à partir d'un projet concret, directement saisissable et précisément ouvert au débat juridique. C'est dans ce cadre *académique* que se situent les lignes qui suivent – nous laissons volontairement de côté les aspects concernant l'émergence de cette proposition dans le cadre de la campagne présidentielle française et ceux relatifs à sa faisabilité politique en cas d'une éventuelle négociation européenne.

Par le moyen d'une proposition concrète de traité, les auteurs fournissent « un point de départ pour la discussion » qui prend à la fois la forme d'une « proposition » d'un côté et celle d'un « traité » de l'autre. Ils se proposent aussi de faire « quelque chose pour améliorer la responsabilité démocratique de la gouvernance de la zone Euro » tout en relevant qu'il n'y a « pas de temps à perdre » en raison de l'urgence démocratique. En d'autres temps, l'urgence économique et financière avait déjà autorisé « une flexibilité impressionnante de l'Union européenne dans l'élaboration de

nouveaux ordonnancements institutionnels ». Il s'agit donc pour les auteurs de la rediriger vers un objectif de « démocratisation ». Par la mise en tension de l'imagination juridique avec les contraintes du cadre juridique de l'Union, cette démarche suscite ainsi une discussion sur la place et le rôle effectifs des mécanismes démocratiques dans l'économie.

I. La création d'une Assemblée parlementaire de la zone Euro

La principale innovation du Traité de démocratisation de la zone Euro (T-Dem), prévue à l'article 2, est la création d'une Assemblée parlementaire spécifique à la zone Euro. Elle a « vocation à s'affirmer comme l'institution représentative des peuples européens au sein de la gouvernance de la zone Euro » (Commentaire des auteurs, p. 60).

L'article 4 envisage de composer cette Assemblée de la zone Euro de parlementaires des différents parlements nationaux (4/5^e) et du parlement européen (1/5^e) en fonction de critères de représentativité basés sur le pluralisme politique et en vertu d'une proportionnalité appliquée à la population des Etats-membres (avec un minimum d'un représentant par parlement national). Le traité organise ainsi une hybridation parlementaire entre deux niveaux de

gouvernance dans la zone Euro dans le but d'assurer une coordination entre ces différents niveaux². Les auteurs proposent en cela un « Pacte démocratique de la zone Euro » selon les termes du Titre II du Traité.

Ce faisant, la proposition de T-Dem laisse ouverte la question de la coordination des relations institutionnelles entre cette assemblée de la zone Euro et les différents parlements nationaux, notamment en ce qui concerne les différents pouvoirs de veto dont ces derniers disposent dans la mise en œuvre des actes juridiques de « sauvetage » financiers.

L'objectif principal est ailleurs : l'Assemblée parlementaire de la zone Euro ne doit pas (forcément) contrebalancer le pouvoir des parlements nationaux, sortis déjà très affaiblis des réformes institutionnelles dans la zone Euro, mais plutôt le pouvoir du « gouvernement de la zone Euro » dont les auteurs rappellent la complexité, l'informalité et l'opacité qui le caractérisent. Ils reprennent ainsi pour conclure cette analyse les mots de Jürgen Habermas qui qualifiait le gouvernement de la zone Euro d'« autocratie post-démocratique »³.

Ainsi présenté, l'objectif de « démocratisation » de la zone Euro relèverait (seulement) de la technique du

droit constitutionnel classique qui articule des principes politiques avec un équilibre des pouvoirs. Mais l'introduction opère une liaison entre ce « gouvernement de la zone Euro » et les « politiques économiques conduites dans la zone Euro » en considérant que ce « déni démocratique » a produit des « effets réels » sur les plans économique et politique : « surdité face au caractère inéluctable de la renégociation de la dette grecque, insensibilité face à la montée d'un populisme d'extrême-droite, surestimation des enjeux liés à la stabilité financière et à la « confiance des marchés », sous-estimation des politiques de l'emploi, de la croissance, de la convergence fiscale, de la cohésion sociale et de la solidarité... » (p. 8 et 9).

La proposition se fonde alors sur le raisonnement inverse : une assemblée parlementaire empêchera les politiques d'austérité en Europe ... si les formations politiques et les mouvements sociaux s'en saisissent – en cela, la proposition de Traité repose bien sur le « jeu démocratique » et ses auteurs en acceptent les contingences. Il s'agit déjà d'en permettre l'exercice dans les contraintes du droit de l'Union européenne.

II. Une démocratisation sous contraintes

Après avoir rappelé que les Traités de l'Union européenne n'offraient pas (ou trop

peu) de voies de contrôle démocratique des institutions issues de la crise de l'Euro (V. p. 23-24), les auteurs s'inspirent de l'imagination juridique dont ont pu faire preuve les institutions de l'Union et les Etats-membres au cours de cette crise (V. p. 25) pour appuyer leur proposition.

Le droit de l'Union européenne fait alors peser des contraintes sur l'interprétation (A) et l'exercice (B) des pouvoirs confiés par le Traité à l'Assemblée de la zone Euro.

A. Sur l'interprétation des pouvoirs confiés par le Traité à l'Assemblée de la zone Euro

Pour assurer l'existence d'une assemblée de la zone Euro, les auteurs proposent de passer par le moyen d'un traité international entre Etats-membres de la zone Euro. Cette technique a déjà été expérimentée avec le Traité instituant le mécanisme européen de stabilité ou encore le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (UEM). Les auteurs s'exposent ainsi aux critiques que la doctrine de droit européen a pu adresser à ces deux traités concernant leur intégration dans le cadre juridique de l'Union européenne et reproduisent en retour le raisonnement tenu par la Cour de Justice de l'Union européenne qui avait reconnu la possibilité aux Etats-membres de conclure un tel traité dans son

arrêt *Pringle*⁴. Quant aux arguments sur les contraintes que le cadre juridique de l'Union européenne fait peser sur la création institutionnelle elle-même, ici encore, les auteurs s'appuient sur la jurisprudence de la CJUE et le précédent des Sommets de la zone Euro⁵ pour soutenir la possibilité de création d'une institution parallèle à celles prévues à l'article 13 du Traité sur l'Union européenne.

Le raisonnement de l'arrêt *Pringle* contient également un volet substantiel. En suivant le raisonnement de la Cour de Justice sur l'interprétation des compétences confiées au MES par le Traité l'instituant, les Etats-membres ne pourraient confier des pouvoirs à l'Assemblée de la zone Euro que s'ils ne viennent pas « dénaturer les attributions que les traités UE et FUE confèrent [aux institutions de l'Union européenne] » (point 158). Sans rappeler ici les contraintes que fait peser la répartition des compétences dans l'UEM sur le champ d'application de la proposition de T-Dem, l'interprétation des procédures établies par le T-Dem pourra sans doute mobiliser les « Principes démocratiques » rappelés au Titre II du TUE. En ce sens, un Traité de démocratisation de la zone Euro ne ferait donc que préciser les obligations qui pèsent déjà sur les institutions de l'Union européenne dans l'exercice des compétences leur étant confiées par l'UEM.

B. Sur l'exercice des pouvoirs confiés à l'Assemblée

Dans l'arrêt *Pringle*, la CJUE distingue ainsi la compétence des Etats-membres (auteurs du Traité), les compétences des institutions de l'Union européenne (qui doivent être préservées) et les compétences de l'institution créée⁶. Avec ce dernier point, on touche au cœur de la proposition concrète du T-Dem. Son article 3 prévoit en effet que l'Assemblée de la zone Euro exerce les deux fonctions classiques de toute assemblée dans une démocratie parlementaire : la fonction législative, conjointement avec l'Eurogroupe, et la fonction de contrôle politique. Pour lui permettre d'exercer ses fonctions, le Titre III du T-Dem dresse la liste des « Pouvoirs et missions de l'Assemblée parlementaire de la zone Euro ». Le commentaire des auteurs sur ce titre est explicite : « le T-Dem ne cherche pas à singer les procédures de la démocratie représentative en créant artificiellement un face-à-face entre un “gouvernement” et un “parlement”. Il cherche plutôt à loger le pouvoir parlementaire en contrepoint de chacune des politiques de convergence et de conditionnalité qui ont émergé autour de ce pôle exécutif européen » (p. 65).

Les enjeux concrets des mécanismes institutionnels à la disposition de l'Assemblée

concernent ainsi la capacité de contrôle des activités de la facilité d'assistance financière (MES) prévue à l'article 9 et tout particulièrement les questions relatives à l'établissement d'un budget de la zone Euro et à la « mise en commun des dettes publiques dépassant 60% du PIB de chaque Etat de la zone euro », prévus par l'article 12 sur l'exercice de la compétence législative. Pour donner une relative immunité juridictionnelle aux actes juridiques pris dans ce cadre, les auteurs se fondent sur la reprise par la CJUE de sa jurisprudence *Mallis*⁷. Or, même en suivant cette hypothèse, le raisonnement de la CJUE dans l'affaire *Pringle* (points 111 à 113) sur la compatibilité des mesures prises par le MES avec le droit de l'Union, ainsi que son intégration dans le Titre IV du T-Dem (qui prévoit la compatibilité des mesures prises sur la base du T-Dem avec le droit de l'Union)⁸, seront autant de contraintes mobilisables contre les mesures prises par l'Assemblée dans l'exercice de ses fonctions législative, budgétaire et de contrôle.

Face à la possibilité de mobilisation de ces contraintes sur les mesures prises sur la base du T-Dem, les auteurs ne présentent qu'une situation de « collaboration » de l'Assemblée avec les autres institutions compétentes de la zone Euro afin qu'en respectant les contraintes du cadre juridique de l'Union telles qu'interprétées dans l'arrêt *Pringle*, le T-Dem « ne bouscule en

rien l'équilibre institutionnel de l'Union européenne » (p. 21). Toutefois, l'hypothèse d'un conflit réel entre les institutions de la zone Euro et la nouvelle assemblée, situation fort peu probable actuellement dans le cas du MES, pourrait l'être davantage dans le cas du T-Dem et pousse à s'interroger sur le sens des « procédures de collaboration [déterminées par le T-Dem] avec les autres institutions compétentes » (p. 21) de la zone Euro. Quelles seraient par exemple les garanties données par le Traité aux parlementaires qui se prononceraient pour une cible d'inflation ou une supervision bancaire (article 10) différentes de celles choisies par la BCE ? De quels moyens cette Assemblée disposerait-elle pour faire prévaloir sa position sur celle du Conseil des gouverneurs ?

Plus largement, et compte-tenu des contraintes potentiellement mobilisables contre les mesures prises par l'Assemblée, si la « collaboration » entre les institutions de la zone Euro et la nouvelle assemblée échoue, quel(s) mécanisme(s) de résolution des conflits de compétences sera(-ont) mis en jeu ? L'article 18 du T-Dem prévoit certes que « le présent traité est appliqué et interprété par les parties contractantes », mais sans mention d'un autre mécanisme, cela ne revient-il pas à donner le dernier mot à l'Eurogroupe ou aux Sommets de l'Euro se prononçant dans ce cas en tant que « parties contractantes » ?

III. La crise de l'Euro est bien un problème de démocratie

La proposition de T-Dem relie, et c'est ce qui fait son intérêt, la question de l'équilibre des pouvoirs dans la zone Euro à celle des politiques économiques y étant menées. En effet, la création de cette Assemblée de la zone Euro est proposée pour « contrecarrer l'emprise de cette structure gouvernante [le gouvernement de la zone Euro] dont on sait qu'elle ne tient pas simplement aux compétences institutionnelles qu'elle a accumulées au fil de la décennie, mais aussi et peut-être surtout à la capacité à définir, par l'expertise, l'espace des possibles politiques » (p. 10). L'Assemblée de la zone Euro est le lieu d'un débat démocratique et, dans une perspective constitutionnelle de freins et contrepoids, les traités ainsi complétés par le T-Dem permettraient aux différents acteurs de la gouvernance européenne d'utiliser les outils dont ils se sont enfin dotés pour mener les politiques mettant fin à l'austérité en Europe. La réalisation concrète de ces politiques dépendra alors de la manière dont le « contre-pouvoir populaire des partis et des mouvements sociaux » s'en saisira (p. 12).

Dans le cadre des contraintes posées par les Traités européens, le T-Dem propose donc de « coordonner les politiques économiques, d'harmoniser les fiscalités et de faire converger

les politiques budgétaires des Etats, bref d'entrer au cœur des pactes sociaux des Etats membres » (p. 9). L'essentiel des compétences conférées à l'Assemblée vont en ce sens. L'Assemblée a pour mission de rationaliser les différentes « politiques de "consolidation budgétaire" (ou d'austérité), la coordination poussée des politiques économiques des Etats, la mise en place des plans de redressement des Etats en difficulté financière, la supervision de toutes les banques privées... » (p. 7) et de permettre la création d'un budget de la zone Euro (articles 12, 14, 15 et 16). Dans le jeu des contraintes mentionnées *supra*, la proposition redonne donc une place aux instruments budgétaires et à leur coordination dans la mise en œuvre des politiques économiques et de convergence économique de la zone.

Le T-Dem attribue aussi trois compétences à l'Assemblée dans ses relations avec la BCE (articles 10 et 17). D'une part, elle se prononce sur l'interprétation de l'objectif de stabilité des prix et sur la cible d'inflation, et vote le rapport annuel du Mécanisme de surveillance unique ; d'autre part, elle vote, après audition, « sur les candidat-e-s choisi-e-s pour le Directoire de la BCE ». Sous réserve des contraintes mentionnées plus haut, le T-Dem propose ainsi de se rapprocher des pratiques existantes en matière de contrôle démocratique sur la Réserve Fédérale des Etats-Unis ou sur la Banque d'Angleterre.

Au final, l'organisation des pouvoirs de l'Assemblée définit un espace politique de la démocratisation de la zone Euro. Le T-Dem propose, sur son volet monétaire, de rediriger le lien de contrôle sur une banque centrale vue comme l'agent public de ce nouveau pouvoir démocratique, et permet, sur son volet économique, d'envisager des politiques de convergence – dont le contenu dépendra à la fois de la composition politique de l'Assemblée et des contraintes pesant sur l'exercice de ses pouvoirs. La proposition du T-Dem se fait ainsi l'écho des différentes analyses formulées par de nombreux économistes sur la construction d'une zone Euro optimale. En ce sens, le T-Dem adapterait au débat démocratique les politiques économiques et budgétaires tout en permettant leur convergence à l'échelle de la zone Euro toute entière.

Les relations entre les mécanismes démocratiques et les politiques économiques qui font la force de la proposition de T-Dem pourraient cependant devenir sa faiblesse en fonction de la manière dont les pouvoirs à la disposition de l'Assemblée pourront concrètement faire contrepoids aux politiques menées actuellement dans la zone Euro. D'un point de vue théorique, il se pourrait en effet, qu'au-delà même du contenu donné aux politiques de convergence, les « axiomes institutionnels » sur lesquels se fondent la plupart des analyses économiques sur

l'optimalité économique de la zone Euro aient changé depuis l'élaboration de ces modèles. D'un point de vue plus pragmatique, et indépendamment des déséquilibres économiques auxquels toute zone monétaire est théoriquement confrontée, les instruments budgétaires n'ont peut-être plus la même efficacité pour des raisons institutionnelles qui tiennent à des changements juridiques aussi peu symboliques que ceux relatifs par exemple aux types de contrats sur les dettes publiques, ainsi qu'à leur usage dans les processus de financement de l'investissement privé. Aux Etats-Unis comme en Europe, les instruments de politique monétaire ont d'ailleurs pu être parmi les premiers concernés par ces changements modifiant en retour les rapports entre politiques monétaires et politiques économiques et budgétaires. Finalement, et depuis la crise économique et financière, les banques centrales ont pu encore être pionnières dans la reconstruction de leurs instruments (à travers notamment les politiques monétaires non conventionnelles), sans nécessairement que soit produit de consensus sur les modèles macroéconomiques pour les accompagner.

Parallèlement au dialogue de gouvernance avec la BCE (article 10 de la proposition de T-Dem), le processus d'adaptation, théorique mais surtout pratique, des instruments dont disposent les différentes

institutions de la zone Euro dans leur champ de compétence respectif pourrait alors se dérouler à partir de ces nouvelles exigences monétaires et financières (bien réelles face aux axiomes institutionnels des modèles économiques), et se poursuivre des instruments encore fragiles de la politique monétaire vers les instruments budgétaires et les politiques économiques.

Sans réel pouvoir sur ce processus parallèle, l'Assemblée pourrait être amenée à devoir choisir entre, d'une part, la maîtrise de ses propres instruments budgétaires et de ses politiques économiques, et, d'autre part, l'exercice de « contre-pouvoirs » effectifs à l'échelle de la zone Euro. Indépendante mais impuissante, ou puissante sans indépendance, l'Assemblée proposée par le T-Dem serait ainsi confrontée à un dilemme qui la verrait devoir renoncer à utiliser ses instruments budgétaires et ses pouvoirs sur les politiques économiques pour freiner les exigences monétaires et financières dans la zone Euro. Or, sans ces « freins constitutionnels », la proposition de T-Dem définirait un autre espace politique de démocratisation de la zone Euro et donnerait seulement un autre visage aux politiques d'austérité.

En conclusion, la perspective méthodologique adoptée par la proposition de T-Dem permet, en prenant concrètement en compte les contraintes spécifiques posées par

le cadre juridique de l'Union européenne et le contenu des politiques publiques menées dans la zone Euro, d'attirer l'attention sur les choix opérés quant aux « freins constitutionnels » disponibles pour mettre fin aux politiques d'austérité. Dans cette perspective, la *question* des pouvoirs effectifs de l'Assemblée sur les nouvelles exigences monétaires et financières révélées par la crise s'avère toutefois décisive pour celle, plus large, de sa responsabilité démocratique pour les politiques publiques menées dans la zone Euro. La proposition de T-Dem démontre donc l'intérêt d'une démarche tenant concrètement ensemble analyse juridique et analyse des politiques économiques pour les discussions sur la place et le rôle des mécanismes démocratiques dans l'économie. Elle contribue ainsi à en révéler les complexités et incite même à s'y plonger au-delà de l'opposition parfois rhétorique entre intégration ou désintégration de la zone Euro.

Je remercie les Professeurs Manon Altwegg-Boussac et Denis Baranger pour leurs relectures attentives.

¹ Sébastien Platon, « Democratizing the Euro Area without the European Parliament: Benoît Hamon's "T-Dem" », *Verfassungsblog.de*, 13 mars 2017; Stéphanie Hennette, Thomas Piketty, Guillaume Sacriste, Antoine Vauchez, « European parliamentary sovereignty on the shoulders of national parliamentary sovereignties: A Reply to Sébastien Platon », *Verfassungsblog.de*, 26 mars 2017

² <http://verfassungsblog.de/european-parliamentary-sovereignty-on-the-shoulders-of-national-parliamentary-sovereignties-a-reply-to-sebastien>

platon/

³ *La Constitution de l'Europe*, (2011), 2012 pour la traduction française, p. 14

⁴ Arrêt *Pringle*, aff. C-370/12, Pts. 68, 72 et 109.

⁵ Article 12 du TSCG, voir aussi l'article 13 sur la conférence inter-parlementaire.

⁶ Arrêt *Pringle*, aff. C-370/12, pt. 151.

⁷ p. 22 du T-Dem, faisant référence à l'arrêt CJUE, 20 sept. 2016, C-106/15P.

⁸ Cf. aussi art. 2 TSCG

Venezuela

le 17 mai 2017

La décision du 30 mars 2017 du Tribunal Suprême de Justice vénézuélien : un « auto-coup d'Etat » juridictionnel

Carolina Cerda-Guzman

**Maître de conférences,
Université Montpellier III**



Tribunal Suprême de Justice, Caracas

© Guillermo Ramos Flamerich CC BY-SA 3.0 ou GFDL

blog.juspoliticum.com

La décision du 30 mars 2017 du Tribunal Suprême de Justice du Venezuela, par laquelle ce tribunal s'arroge les pouvoirs législatifs, a fait les titres des journaux du monde entier. Si cette décision n'a rien d'une surprise du point de vue politique, car elle est le fruit d'un conflit opposant le Tribunal à l'Assemblée nationale vénézuélienne depuis un an, son contenu juridique en revanche étonne au point de pouvoir la qualifier « d'auto-coup d'Etat ».

Depuis l'accession au pouvoir d'Hugo Chavez, en 1998, le système politique et constitutionnel vénézuélien est un objet de curiosité. En effet, la Constitution, adoptée par référendum en 1999 et qui donne naissance à la République bolivarienne du Venezuela, repose sur des dispositifs particulièrement rares en droit constitutionnel. Parmi ceux-ci, on trouve une répartition nationale des pouvoirs en cinq branches (Pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire, électoral et citoyen) au lieu des classiques trois branches, la mise en place d'une procédure de révocation populaire permettant au peuple de mettre fin au mandat du Président de la République ou d'un député par exemple, ou enfin l'instauration d'un fédéralisme particulièrement centralisé.

Récemment à cette curiosité s'est ajoutée une importante dose d'inquiétude

à la suite de la décision du 30 mars 2017 du Tribunal Suprême de Justice (TSJ) par laquelle le juge constitutionnel vénézuélien décide d'assumer les compétences législatives de l'Assemblée nationale. Cette décision, très médiatisée, a suscité de vives réactions au sein de la classe politique vénézuélienne et plus largement au sein des pays latino-américains et occidentaux, qui l'ont qualifiée de « rupture de l'ordre constitutionnel et démocratique »¹. Face à de telles réactions, le TSJ recule et décide dès le 1^{er} avril de revenir sur la décision en la supprimant purement et simplement. Bien que l'on puisse considérer que cette décision n'a jamais existé, elle n'en demeure pas moins une grande première dans l'histoire constitutionnelle latino-américaine (pourtant experte en coup d'Etat) : une tentative de coup d'Etat par un juge constitutionnel, censé pourtant protéger la Constitution. Pour comprendre cette situation, il importe tout d'abord de revenir sur les origines de cette décision, et donc sur le conflit opposant le TSJ à l'Assemblée nationale depuis janvier 2016, pour ensuite en mesurer les ressorts constitutionnels.

I. Le conflit ouvert entre le TSJ et l'Assemblée nationale

Ce conflit de légitimité entre organes constitués trouve son origine à la fin de l'année 2015. Le 6 décembre 2015, la coalition anti-chaviste appelée « *Mesa de la Unidad*

Democrática (MUD) » remporte pour la première fois les élections législatives. Dans la mesure où, selon l'article 219 de la Constitution, la session parlementaire ne débute que le 5 janvier, la nouvelle Assemblée devait alors attendre cette date pour débiter ses travaux.

Toutefois, entre temps, l'Assemblée sortante a profité d'une session extraordinaire pour procéder à la nomination accélérée de treize magistrats au sein du TSJ. Bien que la Constitution n'interdise pas formellement une nomination des magistrats du TSJ par une Assemblée sortante², le fait que cette nomination n'ait pas été laissée à la nouvelle Assemblée, mais aussi et surtout le fait que certaines des personnes nommées ne respectent pas aux yeux des nouveaux députés les critères de nomination, notamment le critère d'honorabilité, a provoqué le mécontentement de la nouvelle majorité parlementaire.

Dans ce court intervalle, la tension est rapidement montée entre ces institutions à la composition tout juste renouvelée. Le 31 décembre, le TSJ attaque le premier lorsqu'il annonce que l'élection de trois députés indigènes de l'Etat fédéré Amazonas, appartenant à la coalition MUD, est suspendue du fait d'irrégularités et menace l'Assemblée : si elle ne suspend pas ces députés, tous les

actes qu'elle adoptera les comprenant seront considérés comme nuls. Cette menace ne sera pas prise en compte par l'Assemblée nouvellement constituée qui accueillera en son sein ces députés et leur fera prêter serment³.

A son tour, la nouvelle Assemblée réagit en enquêtant sur la nomination des magistrats du TSJ. Elle en conclut que cette nomination a été viciée et considère dès lors que toute sentence du Tribunal sera réputée nulle tant que de nouveaux magistrats ne seront pas nommés.

Cette tension déjà grande entre les deux branches majeures du Pouvoir public se cristallise le 1^{er} août 2016 par une décision cruciale du TSJ, qui met en exécution ses menaces. Le Tribunal affirme que l'Assemblée est en situation de « désobéissance » (« *desacato* ») en raison du maintien des trois députés. Leur incorporation constitue une « violation flagrante de l'ordre public constitutionnel » et dorénavant toutes les actions du Parlement sont considérées comme nulles.

Par la suite, le TSJ annulera quasi systématiquement tous les actes votés par l'Assemblée⁴, le budget de 2017 étant même directement présenté par le Président de la République Nicolás Maduro au TSJ et non à l'Assemblée nationale.

La tension culmine fin mars 2017. Si la décision du 30 mars, dans laquelle le TSJ s'octroie la compétence législative, est la plus connue, il est important de signaler que celle-ci a été précédée deux jours avant par une autre décision toute aussi importante. Le 28 mars, le TSJ avait affirmé que les députés ne bénéficiaient plus de leur immunité parlementaire. Cette décision drastique a été prise à la suite de l'approbation par les députés de l'accord sur la réactivation du processus d'application de la Charte interaméricaine de l'Organisation des Etats Américains (OEA). Cette démarche ouvrait la porte à une éventuelle sanction du Venezuela en permettant au Conseil permanent de l'OEA d'évaluer l'application de la Charte. Saisi par un député officialiste (donc en faveur du parti du Président), le TSJ contestera la constitutionnalité de cette approbation et ordonnera même au Président Maduro d'entreprendre des procédures de sanction contre des députés désormais non protégés. Dans le même mouvement, le Président est habilité par le Tribunal à utiliser les lois sur la délinquance organisée, le terrorisme, la corruption et même le Code de justice militaire pour les sanctionner, sachant que « les actes commis par les députés de l'Assemblée nationale en approuvant l'accord sur la réactivation du processus d'application de la Charte interaméricaine de l'OEA (...) constituent des délits qualifiés dans le Code

pénal, spécialement celui de trahison de la Patrie ».

Après cette décision dans laquelle le TSJ contestait clairement le pouvoir des députés et les menaçait d'actions répressives par le Président, la décision du 30 mars 2017 apparaît comme une conséquence logique de cette fracture des pouvoirs. Elle n'en demeure pas moins une aberration au regard de la logique constitutionnelle.

II. La tentative de coup d'Etat par sentence d'un juge constitutionnel

Dans sa décision du 30 mars, le TSJ estime que « Tant que persiste la situation de "désobéissance" et d'invalidité des actes de l'Assemblée nationale, cette Chambre constitutionnelle garantira que les compétences parlementaires seront exercées directement par cette Chambre ou par l'organe qu'elle désigne, afin de veiller à l'Etat de droit ».

Cette sanction s'appuie à la fois sur l'article 336.9 de la Constitution qui donne à la chambre constitutionnelle du TSJ des compétences pour résoudre tout conflit constitutionnel qui se présente entre les organes du Pouvoir public et sur l'article 336.7 de la Constitution qui l'habilite pour déclarer l'inconstitutionnalité des omissions

commises par le législateur national en cas de défaillances pour promulguer des mesures essentielles au respect de la Constitution.

Si le TSJ est seul juge pour apprécier la qualification juridique des faits, et donc seul compétent pour apprécier si l'Assemblée est dans une situation de défaillance⁵, le raisonnement mobilisé tout comme les conséquences qu'il en tire méritent un examen sérieux. Or, il apparaît que ce raisonnement entre en contradiction non seulement avec une certaine interprétation libérale de la Constitution mais également avec le texte pourtant clair de la Constitution.

En effet, si l'article 336.7 permet au TSJ d'apprécier l'inconstitutionnalité d'une omission parlementaire, cet article ne l'habilite ensuite qu'à fixer un délai limite à l'Assemblée pour mettre fin à cette omission et à établir, si nécessaire, les lignes directrices pour corriger cette déficience. Dans sa décision, le Tribunal va pourtant bien au-delà de simples lignes directrices. Il décide de s'octroyer lui-même la compétence législative du Parlement et le laisse ainsi sans pouvoir normatif.

Par ailleurs, en indiquant simplement que le TSJ est chargé de « résoudre les controverses constitutionnelles s'élevant entre des organes du Pouvoir public », l'article 336.9 pouvait-il fonder de telles décisions ?

Cette interprétation est difficilement soutenable. Dans la mesure où l'article 187 de la Constitution de 1999 liste exhaustivement les « fonctions de l'Assemblée nationale » et qu'il mentionne celle de « légiférer dans les questions de compétence nationale », la solution du TSJ conduit à violer cet article ainsi que l'article 136 de la Constitution selon lequel « chaque branche du Pouvoir public a ses propres fonctions ». En outre, la Constitution elle-même interdit une telle mesure : toute « usurpation d'autorité » est, selon l'article 138, considérée comme nulle et non avenue.

Ainsi, quand bien même l'on rejoindrait l'affirmation par le Tribunal d'une omission parlementaire du fait de cette situation de « désobéissance », aucune disposition ne l'habilite à s'accaparer les pouvoirs législatifs de l'Assemblée ; bien au contraire, tout dans le texte constitutionnel le lui interdit.

Cette décision du 30 mars 2017 est donc incontestablement un acte introduisant une « rupture de l'ordre constitutionnel et démocratique ». Le fait qu'elle provient d'un organe chargé explicitement de « garantir la suprématie et l'efficacité des règles et des principes constitutionnels » (art. 335 de la Constitution) est d'autant plus condamnable et justifie le qualificatif d'« auto coup d'Etat » donné par l'OEA à la découverte de cette décision.

L'opposition frontale du TSJ, depuis plus d'un an, conduit à souligner les limites du droit constitutionnel vu sous son angle purement formel. Malgré la consécration de la suprématie de la Constitution et l'établissement de procédures constitutionnelles contraignantes et *a priori* très protectrices de la souveraineté populaire et de la démocratie, ces limites semblent bien artificielles face à un conflit politique concret et profond entre des organes constitués.

Fort heureusement, ce coup d'Etat fut de courte durée puisque dès le 1^{er} avril, le TSJ a décidé de supprimer à la fois la décision du 30 mars et celle du 28 mars.

Cette volte-face est certes salutaire, mais l'attitude du TSJ et de l'Assemblée nationale ne laisse pas augurer de bons présages. L'annonce récente du Président Maduro de se retirer de l'OEA est à cet égard particulièrement inquiétante. Une telle décision, si elle devait être menée à bien, serait assez préjudiciable d'un point de vue politique et soulèverait de nouveaux conflits constitutionnels. La Constitution de 1999 précise non seulement que la République doit promouvoir et encourager l'intégration latino-américaine et caribéenne (art. 153) mais elle mentionne surtout explicitement la Convention américaine des droits de l'Homme (art. 339). Il semble ainsi impossible que le Président Maduro puisse mener seul

une telle procédure de retrait à moins que le TSJ développe à nouveau une interprétation défiant la logique constitutionnelle et le texte même de la Constitution de la République bolivarienne. Le dernier mot ira, on l'espère, au pouvoir constituant populaire, seul véritable arbitre suprême.

L'auteure de ces lignes tient à remercier Florian Savonitto pour sa relecture.

Nota bene : Dans la mesure où le site du TSJ est inaccessible depuis plusieurs jours (<http://www.tsj.gob.ve/>), les extraits des décisions du TSJ sont tirés de sites internet de journaux fiables qui produisent un lien vers une copie des décisions et sont traduits par nos soins.

¹ http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/peru-retiro-embajador-venezuela-tras-sentencia-del-tsj_88086

² La procédure de nomination de ces magistrats est encadrée par l'article 264 de la Constitution. Cet article impose essentiellement une présélection des candidats par le Comité des nominations judiciaires et le Pouvoir citoyen. La sélection finale revient à l'Assemblée nationale.

³ Ces trois députés seront finalement invités à ne plus assister aux travaux de l'Assemblée, mais le TSJ n'en tirera aucune conséquence, estimant que cette « exclusion » n'a rien d'officiel.

⁴ De janvier à novembre 2016, le TSJ prononcera 27 sentences annulant lois ou résolutions adoptées par l'Assemblée.

⁵ Cette appréciation de la qualification juridique des faits pourrait également faire l'objet d'un examen de notre part puisqu'en soi l'Assemblée nationale n'est pas réellement dans une situation d'inaction mais est contestée dans sa légitimité, ce qui n'est pas exactement la même chose. Toutefois, cette appréciation étant plus sujette à discussion, elle sera ici mise de côté.

Elections

Que penser de la manière dont les médias ont rendu compte de la longue séquence électorale que vient de vivre le pays ? Au delà de diverses approximations, elle paraît traduire une regrettable incompréhension du droit.

Au terme de la longue séquence électorale que vient de vivre le pays, il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur la manière dont les médias ont rendu compte des événements et y ont parfois participé. Le bilan paraît contrasté. Les analyses politiques ont été pertinentes et ont témoigné, dans l'ensemble, d'une relative impartialité. Tout se gâte lorsque sont abordées les questions institutionnelles. La tendance générale des journalistes à ne voir dans la politique qu'un spectacle, et à feindre d'en être à la fois les organisateurs et les arbitres, se manifeste dans sa pureté. Ici triomphe le café du commerce, abri sûr des chroniqueurs qui doivent parler sans avoir toujours quelque chose à dire. Deux ou trois thèmes vaseux suffisent à remplir les vitrines.

On ne s'interrogera pas sur le point de savoir si les spécialistes du droit constitutionnel doivent s'intéresser à ces objets non identifiés, quoique non volants. La question mériterait d'être débattue, mais ici on ne présentera que des observations strictement conjoncturelles. Le caractère

volatil du discours médiatique risque en effet de faire rapidement remplacer ces thèmes par d'autres, non moins éphémères, si bien que la durée s'évanouit dans l'insignifiance de ses moments successifs. Un arrêt sur image peut donc être utile pour se souvenir qu'il y a un film. Dans cette perspective, une remarque générale portera sur la méthode médiatique, rendue familière par une pratique constante, et qui demeure pourtant déconcertante pour peu qu'on prenne conscience de son caractère paradoxal. On s'interrogera ensuite sur les rapports de l'abstention et de la légitimité. Enfin on évoquera le thème des relations du nouveau président de la République avec le Premier ministre et le Parlement. Ces objets ont un point commun : ils manifestent une égale méconnaissance, mélange aléatoire d'ignorance et d'indifférence, à l'égard de toute considération juridique.

Une grande partie de l'activité des médias en matière politique, fait remarquable mais peu remarqué, consiste non à commenter *ce qui a eu lieu* – activité qui relève de l'information – mais à expliquer *ce qui va arriver* – activité dont on ne sait pas exactement de quoi elle relève. La logique de l'urgence exige certes de parler d'abord et de réfléchir après. Mais un pas de plus est franchi lorsque l'événement commenté ne s'est pas encore produit. Cet usage est sans doute né de la commodité : il faut combler le vide créé

par l'attente, et l'expression est d'autant plus libre que l'exégèse est préventive. Mais à la longue le rite s'est installé : il ne s'agit plus seulement pour les journalistes d'occuper le terrain, mais de montrer qu'ils sont les *maitres du sens*. L'événement, quel qu'il soit, n'aura pas d'autre signification que celle qu'ils décideront de lui donner, en feignant de le décrire. Ils seront seuls habilités à en fixer l'interprétation correcte, à en apprécier l'importance, à en déterminer le signe, positif ou négatif. (D'où résulte d'ailleurs leur surprise quand certains individus, des électeurs par exemple, ne partagent pas leur avis.) Ainsi les médias préemptent, pour ainsi dire, l'analyse. L'événement n'est plus considéré en lui-même, dans sa banalité ou sa stupéfiante nouveauté : il est apprécié par rapport au sens que lui ont préalablement assigné ses interprètes autodésignés. Conforme à la prophétie, il confirme le statut des prophètes ; opposé, il est une « surprise », heureuse formule qui justifie rétroactivement l'imprévisibilité du fait. Ainsi quand l'événement est rigoureusement inverse de celui annoncé – les 450 députés promis à Macron – l'autorité de l'oracle n'est pas entamée : les médias partagent avec les hommes politiques le privilège de n'être jamais engagés par leurs propos.

Quelle est, en pratique, l'incidence du phénomène ? Intelligibilité ou manipulation ? Il est difficile d'en juger. Les « décryptages » – ce mot dit en lui-même la

prétention et le flou conceptuel qui président à l'exercice, car ne peut être décrypté que ce qui a été préalablement crypté – apportent-ils la lumière dans les âmes obscures du public ? Le niveau d'analyse dépasse rarement celui d'évidences accessibles à n'importe quel individu doué d'une intelligence moyenne et susceptible d'empiler les clichés d'une psychologie stéréotypée. Mais il n'est peut-être pas sans importance que ces gloses anticipées tendent à effacer un peu plus la limite, déjà passablement floue, entre le monde réel et l'univers du discours. Elles contribuent donc sans doute à rendre la politique un peu plus opaque et répétitive, tout en mettant en lumière ses ressorts les plus contestables. Les enjeux essentiels sont systématiquement occultés tandis que les décisions prises se voient réduites à leur unique dimension conjoncturelle, les motivations des acteurs à des conflits de personnes entre machiavels de sous-préfecture.

Les interprétations après l'événement se heurtent à des inconvénients d'un autre ordre quand, délaissant le quotidien politique, elles prétendent s'élever au niveau des concepts. Les lamentations sur l'abstention et le relativement faible pourcentage des électeurs inscrits qui ont, par voie de conséquence, accordé leurs suffrages au nouveau chef de l'État et à la majorité qui le soutient illustrent parfaitement ces limites.

La question de l'abstention exigerait une réflexion approfondie, qui ne se réduirait pas aux clichés indéfiniment recyclés. On se bornera à observer deux points. D'une part l'abstention n'est pas une faute, mais un droit, partie intégrante de la liberté des modernes ; d'autre part l'abstention est un fait purement négatif, qui ne peut être que constaté : on ne peut distinguer une opinion négative d'une absence d'opinion. Ses causes sont multiples, cumulatives, floues, personnelles et opaques, y compris aux acteurs eux-mêmes, ce qui relativise la pertinence des sondages et leur prétention à la scientificité. Les spéculations psycho-politologiques auxquelles on se livre à ce sujet sont donc arbitraires, généralement intéressées et globalement peu convaincantes.

L'absurdité atteint son comble lorsqu'on se laisse aller à écrire que la « légitimité » de la nouvelle assemblée est relativisée par l'ampleur de l'abstention, ou que l'élection des élus de la majorité est « fragile ». Le terme « légitimité » est certes tellement vague qu'aucune phrase qui le contient ne saurait être fausse. Mais pour être vraie, l'assertion devrait indiquer en quel sens est pris le terme. Qu'est-ce qu'une élection « légitime » ou « robuste » ? Une élection obtenue sans fraude ni pression ? Une élection à l'unanimité des inscrits ? Une élection qui donne le résultat souhaité par l'orateur ? Si tel n'est pas le cas, le Conseil constitutionnel doit-il invalider

tous les élus ? Par qui les remplacer, et par quelle procédure ? Devra-t-on recommencer l'élection jusqu'à ce qu'elle offre un résultat apprécié des médias ? Ne serait-il pas plus simple de faire désigner les députés par les journalistes ? Mais si certains d'entre eux s'abstiennent ? Une procédure référendaire peut prévoir un *quorum*. Si celui-ci n'est pas atteint, le résultat de la consultation est négatif : cette disposition existe dans certains pays étrangers. Mais un tel principe est inapplicable aux élections, car il aboutirait à ne pas pourvoir certains sièges. À supposer qu'un tel mécanisme soit adopté – ce qui est pour le moins douteux – il en résulterait une loterie dont on peut douter qu'elle améliore la « représentativité » de l'assemblée. Tout ceci est donc dépourvu de sens : au-delà des premières heures, où ces coquecigrues apportent du baume au cœur des vaincus et une apparence de profondeur à la prose éditoriale, plus personne n'y fait allusion.

Ce filon épuisé, les médias ont ensuite ciblé la décision du nouveau président de la République de s'exprimer devant le Congrès la veille du jour où le nouveau Premier ministre devait faire sa déclaration de politique générale devant l'Assemblée nationale. Émoi général, innovation radicale, gravissime, cataclysme républicain, sans que l'on sache d'ailleurs si cet avis de tempête était motivé par une rupture décisive avec les institutions

de la Vème République, ou par un retour catastrophique aux institutions de la... Vème République. Un minimum de connaissances historiques aurait permis d'éviter ce *tohu-bohu* (pour s'exprimer en style gaullien).

Il faut rappeler d'abord que la problématique du *message* remonte à l'époque où les Parlements luttèrent contre la puissance royale. Une disposition de la Constitution de 1791 prévoit que « Le Corps législatif cessera d'être corps délibérant tant que le Roi sera présent » (titre III, section IV, article 8). On n'interdit donc pas au Roi d'entrer dans l'enceinte de l'Assemblée, mais on ne débat pas en sa présence. La signification de cette disposition est claire : à une époque où le prestige de la royauté reste puissant, certains parlementaires pourraient être influencés par le fait de parler et de voter sous les yeux du monarque. La tradition républicaine a conservé ce tabou : en 1958, l'article 18 de la Constitution dit encore que le président de la République « fait lire » les messages qu'il adresse au Parlement – manière d'indiquer qu'il ne les prononce pas lui-même. Divers messages seront ainsi lus, notamment pour souhaiter la bienvenue aux assemblées nouvellement élues, et sans que leur contenu outrepassé généralement les banalités d'usage.

C'est seulement en 2008 qu'il sera mis fin à cette tradition. Mais il faut se rappeler dans

quelles conditions eut lieu cette rupture. Dans son vertige d'hyperprésidence, pieusement entretenu par les médias, Nicolas Sarkozy veut supprimer le poste de Premier ministre. Il s'est d'ailleurs choisi un collaborateur. Mais comment dans cette perspective communiquer avec l'Assemblée ? Il ne saurait être question, comme aux États-Unis, de laisser les Assemblées vaquer à leurs affaires dans leur coin, tout en leur rendant compte une fois par an de l'état de... l'État, puisque la France n'est pas une Union. L'ancien président de la République souhaite donc faire inscrire dans la Constitution le droit pour le chef de l'État de s'exprimer à la tribune de l'Assemblée et du Sénat quand il le souhaite. Il pourra ainsi, à la différence de Louis XVI, intervenir dans les discussions et s'assurer que sa majorité demeure dans le sentier du devoir. Qui oserait froncer en présence du Maître ? Mais, pour une fois, les parlementaires ne vont pas obtempérer. Ils vont détourner le missile en adoptant une disposition toute différente, qui forme le nouvel alinéa 2 de l'article 18 : le président de la République « peut prendre la parole devant la Parlement réuni à cet effet en Congrès. » Le président de la Vème République n'a donc récupéré que les pouvoirs de Louis XVI. Et cela ne lui sert à rien : Nicolas Sarkozy réunira une fois le Congrès, pour ne pas s'avouer vaincu ; François Hollande fera de même après les attentats de novembre 2015. Dans un cas comme dans l'autre l'événement

ne fit pas plus d'effet qu'une lettre lue devant les assemblées. L'initiative du nouveau président de la République n'est donc nouvelle que sur un point : au lieu de faire lire son message devant les chambres il prononce lui-même son message devant le Congrès. L'innovation est des plus limitée. Et elle va plutôt dans le sens d'une *reparlementarisation* du régime, puisque le président a choisi de s'adresser aux parlementaires et non directement à la nation par le biais de la télévision. Puis le Premier ministre a présenté une déclaration de politique générale où il annonçait non des principes généraux mais des mesures concrètes, quoiqu'à échéances diverses, et a obtenu la confiance de l'Assemblée nationale. Rien de nouveau sur le front constitutionnel.

Avant l'événement toutefois les médias avaient fait de celui-ci la première bataille, évidemment gagnée par le chef de l'État, de l'affrontement inévitable entre les deux têtes de l'exécutif. Or sur ce point une connaissance même superficielle de l'histoire du régime devrait inciter à la prudence.

D'un point de vue théorique d'abord. La constitution de 1958 dispose, en son article 5, que « le Président de la République (...) assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État » et, en son article 20, que « le Gouvernement détermine et conduit

la politique de la Nation ». La juxtaposition de ces textes est immédiatement apparue problématique. Mais elle n'implique pas nécessairement contradiction. Elle évoque un paradigme qui semble d'ordre militaire. Le général en chef pense en termes stratégiques et intègre tous les paramètres dans la perspective de la durée. Sur le terrain, ses subordonnées conduisent la bataille. L'articulation des deux niveaux suppose une relation à la fois confiante et inégalitaire. Situation en soi banale, observable sur bien des terrains, mais qui, dans le cas d'une armée, est rendue moins conflictuelle par le fait que le pouvoir n'est pas électif : le chef ne craint pas que son second se présente contre lui à la prochaine échéance.

En pratique les choses, comme on le sait, se sont avérées plus complexes. Il est difficile de séparer l'essentiel de l'accessoire, la stratégie de la tactique. Il est délicat de s'autolimiter quand on voit s'accroître ses pouvoirs. De ce point de vue, l'existence d'une majorité parlementaire a facilité l'action des présidents mais l'a aussi compliquée. Dès lors qu'ils n'ont plus eu, comme disait le discours de Bayeux, « la charge d'accorder l'intérêt général quant au choix des hommes avec l'orientation qui se dégage du Parlement », la tentation est devenue grande pour eux de se comporter en supérieur hiérarchique du pouvoir législatif – ce que pouvait laisser entendre l'expression équivoque, aujourd'hui

semble-t-il désuète (faut-il y voir un symptôme ?), de « majorité présidentielle ». Aussi le couple exécutif a-t-il connu depuis 1969 – car le général de Gaulle était, de ce point de vue, hors concours : comment Michel, Georges ou Maurice auraient-ils pu se présenter contre lui ? – tous les cas de figure : cohabitation conflictuelle produite par une alternance parlementaire, cohabitation froide (Pompidou/Chaban, Giscard/Chirac, Mitterrand/Rocard), servitude volontaire assumée, de plus ou moins bonne grâce (Pompidou/Messmer, Mitterrand et ses autres premiers ministres, Chirac/Juppé et quelques autres, Sarkozy/Fillon), voire solidarité active contre une partie d'une « majorité » supposée (Giscard/Barre), sans compter diverses figures intermédiaires (Hollande/Valls). Ce rappel ne montre qu'une chose : c'est qu'existent *beaucoup* de modèles, sans compter de possibles inédits, et que tous ne sont pas conflictuels. On ne saurait donc anticiper sur les événements et prétendre, au nom d'un déterminisme que rien ne confirme, à un affrontement inéluctable.

Il en est de même des relations du chef de l'État avec la majorité. On a annoncé, parfois dans le même article, que l'Assemblée nouvellement élue serait ingouvernable, en raison de l'inexpérience de ses membres, et composée de « godillots » qui obéiraient sans broncher au moindre caprice présidentiel.

Or il n'est pas douteux que les deux sont possibles, mais pas sûrs, et pas ensemble. On ne peut, là encore, que conseiller la prudence aux oracles : les prophéties prospectives, même baptisées « analyses », sont fragiles : il demeure plus prudent de prévoir le passé, à la rigueur le présent. Les événements récents sont certes remarquables. Mais ils ne sont, après tout, que la V^{ème} République. On sait gré à Gérard Courtois de l'avoir rappelé dans *Le Monde* du 5 juillet.

Les diverses approximations ici discutées ont un point commun : une incompréhension candide des phénomènes juridiques. Les considérations sur l'illégitimité des élus méconnaissent le fait que des institutions ne peuvent fonctionner que dans un cadre légal où l'on ne peut être élu à 30 ou 35 %, exercer tel ou tel pouvoir à 10 ou 90 %, etc. Cela revient à confondre habilitation et conjoncture, rapports de droit et rapports de force. On est élu ou on ne l'est pas, on dispose d'une compétence ou non : aucun État de droit, et même aucun État légal, n'est concevable si l'on ne pose pas ou ne respecte plus de tels principes. En revanche les inquiétudes sur les relations entre le président de la République et le Premier ministre, ou l'exécutif et les parlementaires qui le soutiennent, procèdent de la crainte que les institutions ne règlent pas tous les problèmes. Le type de relations qui s'instaure entre deux individus dépend, même

si la relation est inégale, des personnalités de chacun. Il est illusoire de penser que ces complexes interactions peuvent être définies et normées par le droit constitutionnel. Aucun cadre institutionnel ne le peut, de même que le Code civil n'assure pas toujours la paix des ménages, et changer la Constitution par une autre ne remédiera pas à ces problèmes, ou en créera d'autres. De ce point de vue les chroniqueurs peuvent être tranquilles : les occasions d'élégantes angoisses ou de vertueuses indignations ne sont pas près de leur manquer.

Les dérives médiatiques observées sont donc de signe inverse. L'une refuse au droit ce qu'il est, par principe, seul capable de donner : un cadre institutionnel qui permet de poser des règles, de désigner des gouvernants et d'offrir des alternatives claires, soumises aux principes de contradiction et de tiers exclu, entre licite et illicite, légitime et illégitime ; l'autre exige du droit ce qu'il ne peut par hypothèse pas donner : une réglementation exhaustive et rigide de rapports interpersonnels. Les deux confondent, au lieu de les distinguer et de les articuler, les rapports complexes entre le droit et la politique.

REMERCIEMENTS

Ce blog est ouvert à tous les universitaires – des professeurs aux doctorants – qui veulent réagir à chaud à l’actualité politique, mais le faire en tant que juristes versés dans l’art constitutionnel. Il a fallu lire, critiquer, puis sélectionner les textes spontanément envoyés et ensuite les mettre en ligne. Ce travail n’est pas mince et il a pu être réalisé grâce à l’engagement et au dévouement de ceux qui ont animé ce blog, que ce soient les coordinateurs scientifiques ou les secrétaires de rédaction (Emma Grego, Ludmila Leboeuf, Pierre Auriel, Isidora Stanković). Enfin, la réalisation graphique de cet ebook est dûe à Isidora Stanković.