

OCTOBRE 2023



LA POLITIQUE CONTRE LE DROIT

**FAUT-IL SE LIBÉRER DES ENTRAVES
JURIDIQUES DE L'EUROPE ET DES JUGES ?**

IFTJ INSTITUT
FÉDÉRATIF DE
RECHERCHES
SUR LES
TRANSITIONS
JURIDIQUES

UNIVERSITÉ
DE PAU ET DES
PAYS DE L'ADOUR
COLLÈGE SSH

IFTJ
INSTITUT FÉDÉRATIF
DE RECHERCHE SUR I
TRANSITIONS JURIDI

PAU BÉARN
PYRÉNÉES
Communauté d'Agglomération

A EFB
ÉCOLE D'ÉTAT

CCI PAU BÉARN

ENM
ÉCOLE NATIONALE
de la MAGISTRATURE

L'EXPRESS

INSTITUT
MONTAIGNE
M

le club
des juristes

LES NOTES DU CLUB DES JURISTES

TABLE DES MATIERES

Liste des intervenants	3
Avant-propos	4
Reprendre le contrôle	5
I. « Reprendre le contrôle » : un simple slogan électoraliste ?	12
II. « Reprendre le contrôle » : une idéalisation du pouvoir politique ?	23
III. « Reprendre le contrôle » : une diabolisation du rôle des juges ?	61
IV. « Reprendre le contrôle » : une défiance justifiée envers l'Europe ?	84

LISTE DES INTERVENANTS

- **François Bayrou**, Ancien ministre, Haut-commissaire au plan et Maire de Pau
- **François-Xavier Bellamy**, Député européen et Vice-Président exécutif des républicains (LR)
- **Nicole Belloubet**, Ancienne ministre, ancienne Professeure des universités et Présidente du Club des juristes
- **Didier Casas**, Secrétaire général du groupe Bouygues, Expert du Club des juristes et ancien conseiller spécial du candidat Emmanuel Macron (2017)
- **Denys de Béchillon**, Professeur de droit public à l'université de Pau, membre du Club des juristes, organisateur du colloque
- **Francis Donnat**, Avocat associé Baker McKenzie, Expert du Club des juristes et ancien référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne
- **Anne-Marie Le Pourhiet**, Professeure émérite à l'Université de Rennes et membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica
- **François Lecointre**, Grand chancelier de la Légion d'honneur et ancien chef d'état-major des armées
- **Enrico Letta**, Président de l'Institut Jacques Delors et ancien Premier ministre d'Italie
- **Wanda Mastor**, Professeure à l'Université de Toulouse Capitole
- **Robert Ménard**, Maire de Béziers
- **Emmanuelle Mignon**, Avocat associé August Debouzy, Ancienne directrice de cabinet du Président Nicolas Sarkozy
- **Jean-Eric Schoettl**, Ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel
- **Eric Thiers**, Conseiller d'Etat, ancien chef des services de la Commission des lois de l'Assemblée nationale et chercheur associé au CEVIPOF
- **Laurent Vallée**, Secrétaire général de Carrefour, membre du Club des juristes et ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel

AVANT-PROPOS

La politique contre le droit

Faut-il se libérer des entraves juridiques de l'Europe et des juges ?

Reprendre le contrôle, retrouver la souveraineté, lutter contre l'emprise des règles européennes, combattre le gouvernement de juges... Depuis quelques années, sur une part désormais immense de l'échiquier politique, on se représente le droit comme l'ennemi même de la démocratie. Sommes-nous en train de rompre avec les enseignements de notre histoire ? De perdre notre boussole libérale ?

Telle était la question posée aux participants au colloque *La politique contre le droit ? Faut-il se libérer des entraves juridiques de l'Europe et des juges ?* qui s'est tenu à Pau, au Palais Beaumont, les 22 et 23 juin 2023 et dont la présente publication sur le Blog du Club des juristes constitue les actes. Parmi les intervenants, Ugo Bernalicis et François Sureau ont choisi ne pas donner de texte écrit.

Ce colloque a été organisé par l'Institut fédératif de recherche sur les transitions juridiques de l'Université de Pau, en partenariat avec le Club des juristes, l'Institut Montaigne, la Communauté d'agglomération Pau Béarn Pyrénées, la CCI Pau Béarn. Il a également bénéficié du soutien et du concours actif de l'Express.

L'ordre des interventions a été respecté, ainsi que le séquençement des thèmes.



Denys de Béchillon

*Professeur de droit public à l'Université de Pau
Membre du Club des juristes
Organisateur du colloque*

REPRENDRE LE CONTRÔLE ?

Sur la correction politique de ce colloque, seuls seront troublés ceux qui, comme aurait dit Bourdieu, auront manqué de charité herméneutique, c'est-à-dire du minimum syndical de bonne foi interprétative au sujet de ce que nous avons voulu faire. Cela dit, je ne prétends pas à l'objectivité ni à la pureté de la science – je n'ai jamais cru ni à l'un ni à l'autre. Cette rencontre trouve, certes, son origine dans un phénomène observable – une mutation profonde du discours politique ambiant – mais c'est bien la désolation que me cause ce phénomène où vous trouverez le moteur de notre rencontre. Le fait est – subjectif – que je suis douloureusement taraudé par deux interrogations. La première porte sur le souverainisme, au moins dans sa version la plus contemporaine et la plus médiatisée ; la seconde sur le destin de l'État de droit.

Une interrogation effarée sur le souverainisme

Partons donc de ce que je viens d'appeler le « discours politique ambiant ». On se lamente de la confiscation du pouvoir par les élites, l'Europe et les juges. On se donne comme programme de « reprendre le contrôle ». Plus exactement, on veut que le Parlement (re)gagne en puissance, pour faire pièce à l'Élysée et à la technocratie. Dans le même temps, on veut aussi des référendums à tous les étages et un élargissement du périmètre des questions susceptibles d'y être posées. Il est clair, par-dessus le marché, que ces éléments de pensée ne sont pas propres à quelques excités ou à quelques radicaux. Je n'en suis pas moins stupéfié, et ce pour au moins deux raisons :

1) Ce « peuple » à qui l'on veut rendre la main n'a sans doute jamais été plus manipulable, plus désemparé, plus esclave de ses émotions, plus irréfléchi et, pour tout dire, plus immature. Pour le coup, je ne suis pas le seul à le dire. Tout le monde se lamente à grande échelle de voir se développer les phénomènes qui rendent raison de mon propos, à savoir :

- L'effondrement du système éducatif (et donc du discernement général) ;
- La tyrannie des réseaux sociaux, leur dépendance à la bêtise mais aussi à l'intelligence redoutable de leurs algorithmes, la pression inexorable des fake news et du complotisme général ;
- Le risque de grandes manipulations politiques hostiles, fabriquées de l'étranger ou non ;
- Le grand retour de l'aveuglement idéologique, i.e. d'une pensée politique radicale, quasi automatique, fermée à toute forme de doute, manichéenne, clanique, folle de sa croyance en la détention de la vérité.

2) Ce Parlement, à qui l'on veut « rendre » le pouvoir n'avait pas montré depuis longtemps un visage aussi préoccupant :

- Tout ou presque y est redevenu théâtre, affrontement de postures figées et appelées à le rester. Les conditions de possibilité du consensus, voire du compromis y disparaissent graduellement – et ça ne semble pas près de s'arranger ;
- La France a perdu (ou voulu perdre) la mémoire de ce qu'est un régime d'assemblée comme des raisons qui avaient fait fuir dans l'autre sens et inventer en 1958 une Constitution où le parlementarisme serait enfin « rationalisé », histoire de redonner au pays un peu de maîtrise sur son destin.

Qu'on le veuille ou non, il y a de quoi s'inquiéter. D'autant que, sur l'état mental des populations comme sur les avancées du parlementarisme, je ne vois pas monter au front des cohortes d'intellectuels préoccupés par les inconvénients qu'il pourrait y avoir à injecter une énorme dose de puissance politique à des acteurs aussi versatiles et aussi manifestement mal équipés pour en user.

Plus j'entends et plus je lis les souverainistes, de droite ou de gauche, plus je suis fasciné par les capacités de déni dont ils font montre. On n'entrevoit aucun doute chez eux. Jamais. Ils nous racontent des choses très savantes (voire, plus exactement, très péremptoires) sur l'ordre des causes du désarroi français – la mondialisation, la trahison du traité de Lisbonne, la faillite des élites et leur incapacité à entendre la voix du pays.... Mais tout reste prudemment dans le registre de la rétrospection analytique. Nul, ou peu s'en faut, ne se demande vraiment si les conditions de possibilité d'une non-catastrophe sont réunies dans l'hypothèse où l'on donnerait pour de bon les clés du camion à ce peuple-ci, compositeur de ces assemblées-là, en cet instant précis de notre aventure collective.

La vérité est que les souverainistes se réfugient derrière le mot « démocratie » pour déqualifier toute discussion a priori sur les conséquences pratiques de leur grand crédo, mais qu'ils s'en tiennent là, l'air grave, voire offusqué ; comme si de rien d'autre n'était ni n'était digne de considération.

C'est d'autant plus fascinant que nous ne manquons pourtant pas de signaux d'alerte. Voyez le Brexit, voyez ce qui est arrivé au parti républicain aux États-Unis, voyez la réélection possible de Trump, l'évolution de la Pologne, de la Hongrie, ce qui se passe un peu partout en occident... Y compris en Israël avec les projets de réforme de la Cour suprême. Bien sûr que nos peuples sont redevenus inquiétants ! Mais tant pis. Pertes et profit. On tirera une autre fois les leçons de cet état de fait. Ou pas...

La première raison de ce colloque git donc dans mon effarement devant cette occultation de la réalité ou, si l'on préfère, dans ce qui m'apparaît comme un renoncement général à la lucidité.

À cela s'ajoute – mais on y reviendra longuement grâce à l'expérience de nombre de nos orateurs, ce qui me dispense d'y insister à ce stade – la formidable dose de fantasmes en cours sur ce qu'est ou sur ce que pourrait être l'exercice véritable de la souveraineté. Pour qui ne se refuse pas à aller voir ce qui se passe pour de bon dans la pratique, il y a des milliers de raisons de douter que « Le Politique » puisse tant que ça décider quoi que ce soit avec la latitude que revendiquent nos tenants de la « reprise de contrôle ». À la vérité, dans ce domaine, on fait rêvasser les foules avec d'immenses boniments. Le grand soir promis n'arrivera jamais – en tout cas pas sans de tout aussi immenses désastres – parce qu'il ne peut pas arriver, les choses étant ce qu'elles sont en termes de latitude budgétaire, de manoeuvrabilité des comportements économiques et sociaux, de contraintes géostratégiques, d'efficacité possible des politiques à court terme, d'aléa sanitaire ou environnemental, etc. Mais nos souverainistes de tout poil n'en disent globalement rien qui dépasse le stade du « Yaka ».

Une interrogation inquiète sur l'avenir de l'État de droit

On voit apparaître ces temps-ci une grande hostilité à l'État de droit. Bien sûr, quand on veut reprendre la main, faire tomber les contraintes, il faut bien que ce soit au détriment de quelque chose. Or, visiblement, ce quelque chose, c'est l'État de droit – la tectonique de l'État de droit, c'est-à-dire : 1) l'ensemble des règles les plus élevées dans la hiérarchie des normes – la Constitution et les traités internationaux, en ce compris l'ensemble du droit européen – ; 2) la galaxie des juges mandatés pour faire respecter ces règles supérieures – Conseil constitutionnel, CEDH, CJUE, mais aussi les juges « ordinaires », judiciaires et administratifs.

La dénonciation du « gouvernement des juges » n'est pas nouvelle. Ce qui l'est bien plus, c'est le périmètre de cette hostilité. Il a gonflé dans des proportions formidables, et surtout de la part d'adversaires que l'on n'attendait pas.

À gauche, il n'est pas anecdotique qu'une cinquantaine d'intellectuels – dont certains de fort statut – aient pris, en 2018, l'initiative d'une tribune dans *Le Monde* pour proposer une révision de la Constitution destinée à assujettir au « bien commun » le droit de propriété et la liberté d'entreprendre. Il s'agissait de protester contre une série de décisions du Conseil constitutionnel qui avaient eu le tort de maintenir l'égalité de valeur juridique entre ces droits-là et ceux – plus écologiques et plus sociaux – qui avaient la préférence (politique) des signataires de ladite tribune (« Bien commun : Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence », *Le Monde* du 29 mai 2018). En substance, il fallait que les juges se fassent les agents du primat inconditionnel de la raison écologico-sociale, quitte à nous faire perdre le plus central des équilibres constitutionnels : la nécessité de toujours concilier les droits (« de droite ») de 1789 avec ceux (« de gauche ») de 1946 et ceux (environnementalistes) de 2004, afin qu'il y en ait pour tous et pour tout le monde dans la maison commune. C'était – en gros – aussi irréfléchi qu'irresponsable, mais ça n'a pas affolé grand-monde.

À droite, un coup très fort est récemment venu des Républicains et des arguments de campagne qu'ils ont développés depuis la primaire pour la désignation de leur candidat à l'élection présidentielle. Plusieurs d'entre eux sont en effet arrivés avec – à quelques nuances près – les mêmes idées que l'on peut ainsi résumer :

- Les problèmes inhérents à l'immigration sont largement liés au surarmement juridique dont elle bénéficie – et donc au désarmement politique dans lequel nous serions condamnés de ce fait.
- Les juges ont tiré du droit international et européen un pouvoir immense, démultiplié par leur activisme interprétatif, dont résulte l'impossibilité dans laquelle nous sommes de réguler vraiment les flux migratoires : le droit d'asile est une passoire, le droit au regroupement familial un boulevard démographique, la quasi-interdiction d'exécuter tout de suite les OQTF la matrice d'un renoncement au respect de la loi, l'érection de la fraternité en principe constitutionnel une énorme cerise sur le gâteau...

- Tout ça, ou presque, repose sur l'article 55 de la Constitution. Il place les traités au-dessus des lois et des décrets. C'est lui qui permet indirectement aux juges d'en écarter l'application là où ils contreviennent d'une manière ou d'une autre aux règles internationales ou européennes, lesquelles sont effroyablement laxistes. Partant, il faut s'attaquer à cet article, soit en ne le respectant pas – on a vu apparaître l'idée d'un moratoire – , soit en le modifiant pour lui donner des limites au nom des intérêts supérieurs de la France.

Comme vous savez, ces idées ont trouvé un puissant second souffle ces derniers temps, puisqu'elles sont au cœur de la grande interview que Laurent Wauquiez a donnée au Point le 10 mai 2023, puis du fameux « chiche » lancé dans le 21 mai 2023 au gouvernement par Eric Ciotti, Bruno Retailleau et Alain Marleix dans les colonnes du *Journal du dimanche*.

Le fait est que la rhétorique de l'hostilité à l'État de droit a débordé de son lit naturel. Elle était étrangère au registre de l'acceptable dans les partis dits de gouvernement (en tout cas comme ligne générale au-delà du prurit de conjoncture causé par telle ou telle décision de justice). Mais, clairement, elle ne l'est plus.

C'est un véritable bouleversement. Je redis que, pour les juristes de ma génération, ce double haro – sur l'article 55 de la Constitution et sur le pouvoir qu'ont reçu les juges de faire respecter les droits fondamentaux – n'est autre que vertigineux.

Nous autres, hommes et femmes de droit, avons à peu près tous perçu ces paramètres-là comme la source d'immenses progrès. Nous avons observé qu'ils avaient fait faire un bond en avant formidable à notre pays ; que rien, peut-être, n'avait été plus important ni plus objectivement bénéfique aux justiciables – i.e. aux gens, au peuple – que cette garantie donnée à leurs droits fondamentaux... Nous pensions tous que le bilan était (très) positif et que les inconvénients – parce qu'il y en a évidemment, surtout quand les juges déraillent eux aussi lorsqu'ils politisent leur fonction à l'extrême – relevaient tous, exactement comme les impôts, du « prix à payer pour avoir une société civilisée » comme disait le grand juge américain Oliver Wendell Holmes Jr...

Et voilà pourtant que l'on se met à détester tout ça, à vouloir gripper la machine, voire à souhaiter la casser pour de bon. Nous sommes bien en présence d'un phénomène considérable, sur le plan politique, voire civilisationnel.

Néo-souverainisme aveugle, haine de l'État de droit. À mes yeux, la conjonction de ces deux grands paramètres relève du drame : un train à grande vitesse dont les freins seraient cassés à l'approche d'une gare terminus. Un cauchemar, donc, qui vaut bien un colloque.

Un colloque

Quelques précisions sur les qualités des intervenants. À part qu'elles sont immenses, vous aurez observé qu'une grande part d'entre eux sont « d'anciens » quelque chose, c'est-à-dire des hommes et des femmes dont la vie fait qu'ils exercent aujourd'hui d'autres activités que celles qui les qualifient au premier chef pour parler de nos sujets. Puisque nous nous lamentons du poids des émotions, de l'immédiateté, il m'est apparu judicieux de valoriser le recul, la distance, la rétrospection et la sagesse qu'ils confèrent parfois.

Vous observerez aussi que, sauf quelques exceptions (François Bayrou, François-Xavier Bellamy), personne n'est ici chef de parti politique. Là encore, c'est voulu. Ce colloque n'est pas une tribune partisane, mais un lieu de débat entre gens dont la liberté de ton est à la fois revendiquée et renforcée par le temps passé hors du service direct du gouvernement de la France.

J'ai pris le risque de mélanger des politiques de tous bords, des intellectuels, des praticiens, des technocrates assumés parce que je veux faire le pari qu'il en sortira quelque chose même si, au tréfonds de moi, je doute que des idées raisonnables puissent encore inverser le sens de la pente. Au minimum, je nous crois capables de donner autre chose que la bouillie des plateaux de télévision et des poses avantageuses.

Colloque veut dire débat, et donc affrontement. J'espère que nous nous serons montrés capables de nous engueuler, civilement, fermement mais surtout loyalement. Et que nous aurons su profiter de cette occasion pour nous dire les choses et tenter d'en tirer des leçons utiles. Je n'aime pas l'idée de combattre un adversaire que je n'ai pas sous les yeux, que je n'ai écouté ni entendu, que j'ai choisi plus petit ou moins fort que moi et qui ne peut pas me rendre ses coups. Nous sommes loin du compte.

Quelques remerciements enfin. Ils vont :

- Aux animateurs de nos débats : nos amis de l'Express, Eric Chol et Laureline Dupont – respectivement directeur et directrice-adjointe de la rédaction ; mes collègues et amis Pierre Égéa, Anne Levade, Fabrice Melleray et Philippe Terneyre, à qui il a appartenu de faire vivre la discussion.

- Aux vraies organisatrices de ce colloque, Célia Salabaraas, mon assistante et Elisa Fois, l'ingénieure de recherche de notre laboratoire. Elles ont à peu près tout fait, avec un talent, une compétence, une gentillesse et un dévouement remarquables.
- Aux partenaires de l'opération : le Club des juristes, la communauté d'agglomération Pau Pyrénées, la CCI Pau-Béarn, l'Institut Montaigne, l'Express, l'ENM, l'EFB, la Cour d'appel, le barreau de Pau, et bien évidemment l'université de Pau qui soutient tout cela depuis le début.
- Aux intervenants, qui ont tous de vrais métiers, peu de temps et beaucoup d'amabilité d'en avoir autant distrait (avec une mention spéciale pour Enrico Letta, qui vient de derrière les Alpes). Tous ont eu le courage et l'élégance de se confronter à ce qu'ils savaient être une adversité résolue. Il est clair que notre sujet n'est ni facile ni populaire, ne serait-ce que parce qu'il se veut lucide sur ce qu'il est convenu d'appeler le populisme. Ma gratitude va à tous pour leur engagement dans cette mission si difficile, qui consiste, en ce lieu, à cette heure, à donner (encore) un peu de place à la raison et à l'intelligence.

I

**« Reprendre le contrôle » :
un simple slogan
électoraliste ?**



Robert Ménard

Maire de Béziers

Quelle ironie ! Aujourd'hui, nous allons évoquer le droit, la liberté, la démocratie... sous la protection de la police. Eh oui, des militants d'extrême gauche voudraient m'empêcher de parler au nom du danger que j'incarnerais pour... la démocratie et la liberté ! Je vous avoue que je suis sidéré, blessé que l'on puisse ainsi tenter de me faire taire, ici à Pau ou ailleurs.

Heureusement, les organisateurs et le maire, François Bayrou, n'ont pas cédé à cet ultimatum. Puis-je rappeler que je suis élu au premier tour avec près de 70 % des voix dans ma ville et que je ne pense pas que 70 % des électeurs biterrois soient des fascistes ou des « héritiers de Pétain » pour prendre les mots de notre actuelle Première ministre.

Revenons à notre sujet. Je ne suis pas un spécialiste du droit. Je parle avec mon expérience, celle de patron de Reporters sans frontières pendant près de 25 ans, celle d'un militant qui s'est battu dans le monde entier pour les droits de l'Homme et la liberté d'expression. Une expérience qui s'est enrichie des presque dix années passées à la tête de Béziers - une ville de la taille de Pau -, et de ses 80 000 habitants. Je fais de la politique au jour le jour, avec pragmatisme et bon sens, sans autre ambition que d'améliorer la vie des gens, surtout des « petites gens » comme on dit. Avec des victoires parfois modestes et aussi, d'immenses désillusions.

Au fil de ce mandat de maire, je suis pris de doutes face aux idées que j'ai longtemps affichées. Des idées parfois péremptoires qui n'ont pas résisté à mon quotidien d'élu. Et m'ont poussé à me méfier des grandes déclarations. J'hésite. Je tâtonne. Je bifurque. Je prendrai quelques exemples précis, ne parlant qu'en mon nom, ne me réclamant d'aucun parti, d'aucun courant, d'aucune obédience.

Contrairement à ce qui a été dit précédemment, je ne suis pas inquiet de ce « peuple esclave de ses sentiments ».

S'il y a eu des excès dans les prises de position de certains, comme par exemple au moment du COVID – j'ai eu droit à des manifestations antivax devant mon domicile, composées de gens censés être mes amis ! –, je ne crois pas qu'on puisse affirmer, comme certains se plaisent à l'expliquer, que voter pour Marine Le Pen serait tout simplement « mal voter ». Les électeurs du

Rassemblement national sont convaincus de deux ou trois choses qui peuvent nous heurter, vous et moi, mais qu'on ne peut pas, qu'on ne doit pas ne pas entendre.

À l'inverse, affirmer qu'il y aurait, d'un côté, des élites qui seraient des monstres coupés de tout, et de l'autre, un « peuple » qui ferait toujours preuve de clairvoyance et de sagesse, me semble tout aussi erroné et dangereux. Quant à ceux qui s'autoproclament la voix de ce « vrai » peuple - nous venons d'en entendre un spécimen -, ils me font froid dans le dos...

Prenons la question du souverainisme. Je suis profondément pro-européen. Et je l'ai toujours été. Ce qui m'a valu bien des problèmes avec mes « amis » de la « droite de la droite »... Pourquoi pro-européen ? Parce que, patron de Reporters sans frontières, j'ai mesuré que la guerre était la règle dans notre monde, à quelques rares exceptions près dont l'Europe. Après avoir passé des années dans des zones de conflit, j'ai constaté que, même si nous avons des difficultés avec nos voisins Allemands, personne n'imaginait prendre les armes pour les résoudre. C'est cela le miracle européen. C'est aussi simple que cela. Et ça n'a pas de prix ! Un peu primaire comme raisonnement, j'en conviens.

Cela n'empêche évidemment pas qu'il y a des choses qui clochent dans cette construction européenne ! Quand, pour ne prendre qu'un exemple, la Cour de justice de l'Union européenne reproche à la France le temps de travail de ses soldats dans ses armées, je me demande en quoi ça la regarde ! On peut être pro-européen et estimer que la Cour de justice européenne a peut-être d'autres chats à fouetter...

De la même façon, j'ai défendu toute ma vie la Convention européenne des Droits de l'Homme. À Reporters sans frontières, nous y avons régulièrement recours pour défendre la liberté de la presse dans certains pays de notre vieux continent. Il comptait et compte encore quelques autocrates... Mais quand Jean-Marc Rouillon, cette crapule - et le mot est en dessous de la réalité - qui a assassiné le Général Audran et le patron de Renault, Georges Besse, est condamné pour avoir salué le « courage » des terroristes lors des attentats de 2015 et que cette même Cour européenne estime que la peine - 18 mois de prison dont 8 mois fermes avec un bracelet - est « disproportionnée », les bras m'en tombent ! À force de tordre les droits de l'Homme dans tous les sens, on finit par en faire les ennemis mêmes de nos libertés...

J'en ai conclu que, s'il ne fallait pas jeter aux orties la Convention européenne, nous pourrions émettre des « réserves » sur tel ou tel de ses articles. La France l'a d'ailleurs fait dans le passé tout comme le Danemark en a émis avant de l'adopter. Une affaire de juste milieu. Ou, je préfère le terme, de bon sens.

Éric Chol : Pardonnez-moi, ça veut dire quoi, ça veut dire une Europe à la carte ?

Ça veut dire que la Convention européenne des droits de l'Homme pourrait être renégociée. Je le répète, la France a émis des « réserves » il fut un temps. C'était loin d'être absurde.

Parlons maintenant de cette fameuse « République des juges ». Personnellement, je trouve formidable que les juges fassent leur boulot et je suis le dernier à dire qu'ils seraient tous laxistes. Tout cela n'a aucun sens. Mais, une nouvelle fois, si nous faisons preuve de bon sens ? Non, tous les juges ne sont pas la caricature dont le Syndicat de la Magistrature est le visage mais, pour autant, est-ce bien raisonnable que le Conseil constitutionnel refuse, au nom du « respect de la vie privée » la vidéosurveillance dans les cellules de garde à vue ou dans les Centres de rétention administrative ? Et ce bon sens dont je me réclame n'est pas synonyme de poujadisme ou de populisme de bazar.

Autre exemple. On peut s'interroger sur la pertinence d'avoir fait du regroupement familial un droit constitutionnel. Rappelez-vous, c'est Raymond Barre qui a voulu revenir sur le regroupement familial. En vain. Le Conseil d'État puis le Conseil constitutionnel ont sacralisé le regroupement familial.

On ne peut plus y toucher. Personnellement, je pense qu'il est une des causes de nos problèmes actuels en matière d'immigration. Le dire ne fait pas de vous un abominable facho qui mettrait en danger notre démocratie.

Pour rester dans le concret, dans le réel, je vais vous raconter quelque chose qui m'est arrivé pas plus tard qu'hier. François [Bayrou], tu es maire comme moi. Nous avons, chez toi comme chez moi, un service qui s'occupe des mariages. La dame qui le gère à Béziers est venue me voir : « Monsieur le Maire, nous sommes dans une drôle de situation. Il nous est arrivé d'avoir face à nous des personnes en situation illégale mais, cette fois, le garçon fait l'objet d'une OQTF, une obligation de quitter le territoire. On fait quoi ? »

Franchement, vous me voyez dire aux gens, chez moi : « Ce monsieur en situation illégale, on veut le mettre dehors, mais moi, je vais le marier ! » Je veux bien défendre le Droit et la République, mais là, ça devient totalement incompréhensible pour tout un chacun[1].

[1] Robert Ménard a effectivement refusé de marier le jeune homme qui faisait l'objet d'une OQTF et qui, finalement, a été expulsé vers son pays d'origine, l'Algérie.

Encore un mot sur certains juges. J'ai été épinglé sur le fameux « mur des cons ». Alors pardon d'être encore une fois un tantinet simpliste mais quand je me retrouve devant un juge, je me demande si je vais être jugé équitablement dans le cas où le magistrat en face de moi serait membre du Syndicat de la magistrature. Or, comme tout citoyen, j'ai le droit d'être jugé en toute équité et non par quelqu'un bourré des mêmes a priori que ceux qui manifestent en ce moment-même devant le bâtiment où nous sommes réunis.

Je finirai en vous disant que, sur bien des sujets, dont ceux qui nous intéressent aujourd'hui, je ne sais plus trop quoi penser. Toute une partie de ma vie a été consacrée à la défense des droits de l'Homme. Dans ce cadre, nous nous appuyions sur les traités internationaux pour défendre des journalistes et les sortir de prison. Mais, « en même temps », je suis sidéré par l'aveuglement de bien d'entre nous sur la justice et sur les juges. Un aveuglement qui dessert l'État de droit que nous sommes censés défendre. Une attitude que je retrouve d'ailleurs dans la classe politique et chez les journalistes.

Quand on met les votes qui ne nous conviennent pas ou qui nous déplaisent sur le compte de l'ignorance ou des réseaux sociaux, je trouve que c'est un peu court. Il ne faut pas s'interdire de poser les questions qui fâchent. Comment ne pas s'interroger sur les doutes, pour ne pas dire plus, que les gens ont sur nous, hommes politiques, journalistes, juges ? Et, vous l'avez compris, je ne m'en félicite pas, je m'en inquiète. Je m'inquiète que beaucoup, beaucoup trop ne nous croient pas. Ne nous croient plus. Je m'inquiète que beaucoup, beaucoup trop pensent que les hommes politiques sont tous des pourris, que les juges sont tous des laxistes, que les journalistes sont tous des menteurs. Ce qui est faux, bien sûr. Mais si nous continuons à tenir un discours caricatural, si les journalistes continuent à expliquer que « c'est la faute de ces abrutis d'illettrés », si les politiques continuent à se défendre sur le thème « il n'y a rien à faire, c'est la faute au populisme », si les juges continuent à ne pas supporter la moindre critique au nom de la sacro-sainte indépendance de la justice, nous n'avancerons pas. Nous reculerons. Et dangereusement.

Dans son dernier livre, Michel Houellebecq écrit : « Je ne crois plus aux idées, je crois aux gens ». Je ne voudrais pas ne même plus croire aux gens...



Didier Casas

*Secrétaire général du groupe Bouygues, Expert du Club des juristes,
Ancien conseiller spécial du candidat Emmanuel Macron
(2017)*

Qui n'a pas expérimenté la difficulté de négocier un arrêté ministériel fixant par exemple le prix du lait entier – car oui, contrairement à ce qu'on apprend dans les facultés de droit, les arrêtés ministériels ne sont pas des actes administratifs unilatéraux, il arrive fréquemment qu'ils soient le fruit d'une négociation – n'a pas idée de la complexité des affaires de l'Etat.

Les affaires de l'Etat sont chose complexe. Le gouvernement des hommes, dans la diversité de leurs passions, dans la lourdeur de leurs malheurs parfois, dans la violence aussi des rapports sociaux est, on ne le dira jamais assez, un art d'exécution d'une grande subtilité. C'est pourquoi, au-delà des principes généraux sur le bon gouvernement ou sur le bien gouverner, il faut savoir rester humble dans le commentaire et, plus encore, dans le diagnostic ou le verdict.

Un ancien ministre, par ailleurs membre du Conseil d'Etat, a récemment dénoncé le « coup d'Etat » organisé par les cours suprêmes qui « se sont arrogées le droit d'écarter la loi ».[1] Devant cette situation, ce dirigeant souhaite réviser la Constitution pour interdire une telle possibilité et, au fond « reprendre le contrôle ». A quoi renvoie cette idée, qu'il n'est pas le seul à préférer et à l'ombre de laquelle nous sommes invités à méditer ces deux journées ? En particulier, faut-il penser, puisqu'on nous parle de « simple slogan électoraliste », que la « reprise de contrôle » serait une simple astuce, comme une manigance des professionnels de la politique qui agiteraient ce discours volontariste devant le peuple ébahi dans le seul but de le convaincre de l'urgence de les élire ?

Les choses ne sont pas si simples et on me permettra de ne pas aller aussi vite en besogne. Je ne ressens guère de sympathie pour les viriles déclarations du genre de celles que je viens de citer sur la nécessité de « reprendre le contrôle », mais les critiquer suppose de comprendre d'abord comment elles s'expliquent – nous aborderons successivement deux causes possibles. Nous terminerons en suggérant quelques pistes modestes pour reprendre le contrôle, mais de façon raisonnable.

[2] Laurent Wauquiez, « Le Point » jeudi 11 mai 2023.

La première cause tient à un constat tout simple : si nous pensons à ce point qu'il faut « reprendre le contrôle », c'est d'abord que nous pensons l'avoir perdu.

Or une telle perte nous angoisse collectivement car elle renvoie notre pays au traumatisme de ses défaites militaires et morales. Quand on relit aujourd'hui L'étrange défaite, ce qu'il ne faut jamais cesser de faire, on tremble devant cette phrase de Marc Bloch : « Nous nous trouvons aujourd'hui dans cette situation affreuse que le sort de la France a cessé de dépendre des Français ». Il ajoute juste après : « Depuis que les armes, que nous ne tenions pas d'une poigne assez solide, nous sont tombées des mains, l'avenir de notre pays et de notre civilisation fait l'enjeu d'une lutte où, pour la plupart, nous ne sommes plus que des spectateurs un peu humiliés. »

L'idée que nous serions devenus les spectateurs de notre destin est beaucoup plus présente dans les esprits qu'on ne le pense. Pourquoi ? Parce que le monde a beaucoup changé après la chute du Mur, la percée de la Chine et de l'Inde, les hoquets de l'Union européenne, les hésitations des Etats-Unis sans parler de l'agressivité russe, et que notre pays ne parvient pas à se projeter complètement dans sa nouvelle histoire : l'histoire d'un pays qui n'est plus tout à fait ce qu'il a été, qui n'a plus la puissance qu'il avait, qui n'inspire plus la crainte qu'il inspirait et qui, de grande puissance est devenu une puissance moyenne, et de puissance moyenne explique être aujourd'hui une « puissance d'équilibre », expression au demeurant très énigmatique, qui symbolise bien l'entre-deux indéterminé dans lequel nous nous trouvons.

Dans l'océan du monde, la France était un navire de fort tonnage et les passagers que nous sommes, conduits par un équipage qui ne se posait guère de question, résistaient bien aux marées. Nous devons aujourd'hui traverser le gros temps sur un bâtiment devenu plus modeste : les passagers ont souvent le mal de mer et l'équipage ressent une forte nostalgie de l'eau calme du port...

Comme disait Dominique de Villepin devant le Conseil de Sécurité avant la guerre du Golfe, mais c'était alors pour en tirer argument, la France est « un vieux pays ».

C'est pourquoi certains de nos dirigeants, pris de vertige devant ce que nous ne sommes plus ou bientôt plus, ressentent fortement la nécessité d'arrêter le cours du temps pour « reprendre le contrôle ».

La France n'est pas le seul « vieux pays » dans cette situation. Le Royaume-Uni est allé jusqu'au bout de la logique et a fait pour sa part un choix radical en se séparant de son environnement immédiat, persuadé qu'en retrouvant sa monnaie, il retrouverait aussi son destin. La force de l'héritage européen gaulo-mitterrandiste, le voisinage avec l'Allemagne aussi, nous ont pour l'instant préservé d'un tel choix dont chacun voit ce qu'il aurait de catastrophique.

La volonté de « reprendre le contrôle » s'explique aussi par l'hyper-valorisation de l'action dans notre univers de référence politique. Or il faut comprendre les deux ressorts de ce phénomène.

Le premier tient à la place particulière de l'Etat dans notre système culturel, avec toutes les conséquences que cela emporte sur ce que nous attendons de nos dirigeants politiques.

Au pays de Bodin, l'Etat est le dépositaire ultime et exclusif de la souveraineté et, pour nous Français peut-être davantage que pour d'autres nations, cela signifie beaucoup. Nul besoin de revenir ici sur le processus historique qui l'explique mais nous savons bien que, traditionnellement, l'Etat occupe en France une place centrale dans la distribution des pouvoirs. Il est au cœur de bien des choses, pour ne pas dire de toute chose et on attend de lui qu'il soit la grande explication, qu'il agisse comme le grand recours, et qu'il puisse être finalement le grand responsable.

Dans un tel contexte, ceux qui ont la charge des affaires de l'Etat, ou qui souhaitent l'avoir, sont mécaniquement portés à l'affichage d'un volontarisme permanent. Imagine-t-on un Président de la République française élu sur un discours d'abandon ou même de retrait ? C'est impensable. Il faut tout au contraire que l'élu agisse, qu'il tranche, qu'il décide. Qu'on le voie partout. A cet égard, « Jupiter » est sans aucun doute une réaction au « Président normal ». Et c'est bien ainsi qu'il faut comprendre le discours sur la « reprise de contrôle » : comme une conséquence directe de la mécanique d'affirmation de la souveraineté de l'Etat.

Au reste, ce n'est pas faire injure à ceux qui servent l'Etat – j'en ai été – mais l'omnipotence prétendue et affichée de l'Etat n'a pas que des conséquences heureuses. On trouve dans l'actualité récente pas mal d'illustrations de ce phénomène qui conduit souvent nos dirigeants à considérer qu'il n'est pas utile de laisser la moindre place à la démocratie sociale pour concevoir, imaginer et finalement mettre en place une réforme sociale aussi difficile que nécessaire.

Le deuxième ressort de l'hyper-valorisation de l'action, susceptible d'expliquer la volonté de reprendre le contrôle, tient au dérèglement profond de la parole et de la communication politiques.

Ne soyons pas naïfs : personne n'a jamais été élu s'il ne propose pas une ambition minimale, une volonté de transformer le réel. Il n'y a absolument rien de neuf là-dedans. A toute époque, il a fallu proposer à l'électeur, qui d'ailleurs le demande, un programme d'action.

Mais là où nous disons qu'il y a un fait nouveau et un dérèglement, c'est que la vie politique moderne et les usages actuels de la communication politique sont en train de tout bouleverser. Sans vouloir théoriser ce qui relève essentiellement de l'observation empirique, on peut s'accorder sur quelques tendances fortes qui placent nécessairement les dirigeants politiques devant l'impératif catégorique de l'action proclamatoire, donc devant l'affirmation qu'ils doivent absolument reprendre un contrôle qui aurait été perdu.

Il y a d'abord l'incroyable gonflement de la sphère informationnelle. Tout devient information, même ce qui n'est rien. Les paroles étaient interprétées, les silences le sont désormais. Les sujets mineurs étaient éliminés, ils sont aujourd'hui au premier plan. Les réseaux sociaux – Twitter en particulier – au regard desquels les traditionnelles chaînes continues d'informations sont presque devenues des médias froids, contribuent à faire de n'importe quel sujet une information et possiblement une source de polémique.

De tout cela découle, deuxième tendance, l'accélération considérable du rythme de la communication politique. Dans un passé encore récent, on concevait une politique, une décision, puis on bâtissait la bonne façon de la communiquer. Ce temps n'est plus. Au mieux, on réfléchit aux deux simultanément.

Dans bien des cas, c'est même désormais l'inverse : « Monsieur le ministre, vous devez communiquer et faire une annonce ! Ah bon et je dis quoi ? On va vous trouver une idée ! ».

De cela résulte une déplorable perte de sens. L'important est moins d'agir que de donner à voir qu'on agit, au prix d'une déconnexion croissante avec la réalité. La communication politique fonctionne de plus en plus souvent comme le moulin à prières des monastères tibétains : un bruit de fond permanent qui ne permet plus de dégager les lignes de fuite de l'action publique. C'est à ce phénomène de saturation, dont beaucoup de responsables politiques sont autant les acteurs que les victimes, qu'il s'agit de réagir. Et c'est ainsi qu'il faut comprendre leur volonté compréhensible de « reprendre le contrôle ».

Encore faut-il le faire de bonne façon.

S'il faut « reprendre le contrôle », je préfère des mesures simples au coup d'Etat constitutionnel imaginé par certains.

Si vraiment on veut reprendre le contrôle, il faut commencer par limiter le morcellement de l'action publique et la dissolution de l'intérêt général.

Une mesure en ce sens serait de limiter vraiment le développement incontrôlé des autorités administratives indépendantes ou autres agences administratives. Certaines d'entre elles – l'AMF, l'ADLC, la CNIL ou quelques grands régulateurs sectoriels, et encore pas tous... – sont tout à fait bien installées dans le paysage administratif. Mais il faut absolument s'en tenir là et décider de supprimer les autres et d'un moratoire pour l'avenir. On continue de créer des AAI sur une multitude de sujets. Mais on n'a pas idée de l'effet délétère de ce foisonnement : à chaque fois, on érige une autorité qui, à l'abri de son statut, ne répond plus aux instructions de l'autorité politique, qui se vit comme la seule responsable légitime de l'action publique dont elle a la charge et qui ne considère guère les autres priorités de politique publique. Les autorités indépendantes, parce que le législateur a voulu qu'elles le soient, ont leur propre communication, leurs propres objectifs politiques, parfois distincts de ceux du gouvernement. Oserais-je ajouter qu'elles ont leur propre coût ? Il arrive en tout cas qu'elles aient leur propre stratégie de lobbying.

Tous ceux qui ont l'expérience de ces choses savent qu'il n'est pas rare qu'une autorité administrative indépendante fasse passer au Parlement des propositions d'amendement à un projet de loi, amendement dont le contenu n'est parfois pas conforme à l'objectif du gouvernement, et qui a d'ailleurs échappé à l'arbitrage de Maignon comme à l'analyse préalable du Conseil d'Etat. Voilà un bel exemple de « détricotage » de l'intérêt général.

Si vraiment on veut « reprendre le contrôle », on peut aussi s'interroger sur l'une des plus grandes erreurs juridiques des années récentes consistant à imposer la transparence comme valeur morale et règle juridique suprême sur à peu près tout sujet.

Au motif louable de lutter contre les conflits d'intérêt, on crée des règles qui interdisent de fait à d'anciens responsables publiques ou administratifs d'avoir plusieurs vies professionnelles avant ou après le service de l'Etat. Au motif louable de lutter contre la corruption, on impose aux responsables publics ou administratifs non seulement la transparence intégrale sur leur patrimoine et celui de leurs proches, mais on leur interdit d'entrer en contact pendant plusieurs années avec des personnes qu'ils ont pu fréquenter lorsqu'ils étaient en fonction, un peu comme on le ferait pour un mari violent ou un pape du grand banditisme. Sans doute tout cela est-il une affaire de balancier après des années d'excès inverse, mais considérons bien une chose : le soupçon

généralisé, conséquence de cette volonté de transparence absolue, est le moyen le plus sûr d'empêcher l'action publique.

Je dirais pour finir qu'il vaut mieux réfléchir à ce type de mesures, plus efficaces et plus raisonnables – il y en a d'autres - que de vouloir « reprendre le contrôle » en perpétrant le coup d'Etat constitutionnel que certains imaginent par l'interdiction faite aux juridictions de toute possibilité d'écarter la loi au regard de principes juridiques supérieurs constitutionnels ou conventionnels. En vérité, je préfère penser que de telles propositions son effet de simples slogans électoralistes... Il a fallu attendre 1971 pour que l'Etat de droit trouve sa consécration réelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne détruisons pas cet acquis, produit du temps long de notre histoire.

Dans la préface qu'elle avait rédigée pour l'édition de 1989 de son ouvrage magistral sur l'émergence historique de l'Etat de droit (L'Etat et les esclaves), Blandine Barret-Kriegel précise : « L'Etat de droit ici présenté est donc bien la solution, mais elle s'est opérée dans le travail de l'histoire. Cela veut dire qu'il faut au droit une jurisprudence ; à l'Etat, une loi ; à la souveraineté son équilibre ; au corps social, ses représentations ». On ne saurait mieux dire...

II

**« Reprendre le contrôle » :
une idéalisation du pouvoir
politique ?**



Nicole Belloubet

Ancienne ministre

Ancienne Professeure des universités

Présidente du Club des juristes

QUE PEUT LE GOUVERNEMENT ?

Nos échanges posent la question du volontarisme en politique. Le volontariste affirme la supériorité de la volonté sur toute autre contrainte et pense pouvoir modifier le cours des choses par cette seule volonté. A vrai dire, la confrontation entre volontarisme et action politique me semble traduire une forme d'oxymore : si l'on ne pense pas pouvoir agir, si l'on s'estime submergé par toutes sortes de contraintes, alors mieux vaut s'abstenir ! En ce sens, je n'adhère pas à la question posée : Les volontaristes idéalisent-ils la puissance du politique ? La politique, c'est du volontarisme ou ça n'est pas ! C'est ce que Jean Jaurès n'a cessé de rappeler : « Le courage, c'est d'agir et de se donner aux grandes causes sans savoir quelle récompense réserve à notre effort l'univers profond, ni s'il lui réserve une récompense [1]»

Que peut le gouvernement, nous interroge-t-on, empêtré tel Gulliver, dans les entraves juridiques de l'Europe et des juges ? Raisonçons un peu. Selon l'art. 20 de notre constitution, « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation ». Je ne vois pas qu'il en soit empêché. Et à vrai dire, je n'ai jamais entendu dire, en conseil des ministres, que telle ou telle décision était freinée par sa dimension européenne. Certes il y a des orientations politiques délicates à promouvoir. Mais la capacité d'action demeure. Elle demeure d'autant plus que :

- Le gouvernement adhère aux valeurs de l'Europe. L'Europe c'est d'abord un idéal, un choix de valeurs. C'est sur cette idée à la fois libérale, rationnelle et solidaire que l'Europe s'est construite. C'est donc dans ce cadre que les responsables politiques agissent. Au cœur des valeurs posées par l'Europe libérale figurent la démocratie et l'état de droit[2]. J'y crois !
- Le gouvernement respecte sa magistrature en tant qu'elle interprète des règles et institue des contre-pouvoirs indispensables pour ordonner la vie commune.

[1] Discours à la jeunesse, 1903.

[2] Art 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. ».

- Cela n'empêche certes pas les agacements ou les regrets : les fortes convergences idéologiques n'évitent pas les freins techniques ou politiques. Il peut, il doit y avoir des échanges vigoureux sur l'écriture des règles, sur l'organisation ou le discours des contre-pouvoirs. Il faut reconnaître et nommer les irritants tactiques ou les désaccords idéologiques pour les dépasser.

C'est le cas actuellement avec les débats sur l'immigration. Pour lutter contre la dépossession démocratique, une proposition des « LR » souhaite modifier la constitution pour y inscrire « la possibilité de déroger à la primauté de traités et du droit européen avec une loi organique... approuvée par referendum, quand les intérêts fondamentaux de la nation sont en jeu » Entre ceux qui veulent casser la baraque, évoquant même la « légitimité usurpée » des juges, et ceux qui veulent dialoguer pour évoluer, le clivage est là. Je me rallie évidemment aux seconds.

Profondément, je pense que l'Europe comme les juges n'empêchent pas d'agir mais au contraire, confèrent aux politiques force et imagination.

La force de l'action

Ces poids et contre-poids, pouvoirs et contre-pouvoirs, laissent émerger une réelle capacité à agir et renforcent l'acceptabilité des décisions.

La capacité à agir

Elle se déploie tant au sein des institutions qu'en dehors des processus institutionnels.

Au sein des institutions, le pouvoir d'action est réel et concret. Bien entendu, mon expérience est quelque peu faussée par la nature régaliennne des fonctions ministérielles que j'occupais : la compétence partagée avec l'Union Européenne (UE), au sein de l'espace de liberté de sécurité et de justice, laisse s'exercer les compétences nationales sans trop dans l'organisation judiciaire (encore que l'organisation du parquet à la française soit questionnée) et dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Certes on pourra opposer à mes propos de nombreux contre-exemples, on en trouve toujours ! Mais tendanciellement, l'Europe peut amplifier la capacité d'action des gouvernements dans les domaines politique, économique et judiciaire.

Je ne reviendrai pas aux racines politiques de la construction européenne dont l'ambition de paix est première mais je pense bien évidemment à différents sujets que j'ai abordés ou traités dans mes fonctions ministérielles :

- L'élaboration de textes tels que le RGPD (règlement général sur la protection des données) qui constitue un modèle en matière de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.
- La défense commune de l'Etat de droit (avec la toute récente jurisprudence de la CJUE sur la Pologne[3])
- La pandémie : l'Union européenne y a répondu par une pluralité d'actions tant en termes d'urgence sanitaire et sociale que de transformations politiques et économiques en profondeur. Face au choc économique, les règles communautaires en matière d'aides d'État ont été suspendues et la clause générale d'exemption du pacte de stabilité budgétaire - qui limite les déficits budgétaires et l'endettement des États - a été activée.
- La réaction commune en faveur du soutien à l'Ukraine traduit véritablement pour la première fois, une réponse géopolitique forte avec des sanctions, un soutien militaire et un soutien à l'économie.

Cet ensemble de politiques permet de réaffirmer une souveraineté par l'agrégation dans un ensemble, de reconnaître la faiblesse des solutions unilatérales. Parler de souveraineté, oui mais européenne !

Du point de vue économique, je ne retracerai pas ici la montée en puissance des pays les plus pauvres du continent mais je rappellerai :

- La création de champions européens (Airbus) malgré la problématique des aides d'Etat et de la concurrence libre et non faussée.
- L'importance du soutien de l'Europe aux entreprises et à l'innovation : Vice-présidente d'un conseil régional j'ai pu mesurer, malgré la complexité des dossiers à monter, la force de l'Europe qui démultiplie les aides nationales ou locales. Ce sont bien les aides du FEDER qui ont permis de réaliser des pistes cyclables dans telle ville, de créer un campus hydrogène pour les avions du futur ou de soutenir les projets innovants des entreprises, essentiels pour le verdissement de l'économie. Des complexités demeurent

[3] CJUE, C-204/21, 5 juin 2023, Commission/Pologne (indépendance et vie privée des juges).

avec la nécessaire avance de trésorerie par les entreprises, le fait que l'on ne reconnaisse pas nos ETI (entreprises de taille intermédiaire) comme une catégorie spécifique auxquelles les aides d'Etat ne seraient pas interdites etc.... Mais on ne peut nier l'impact positif de ces aides.

- Même le Conseil constitutionnel a su faire bouger les lignes : membre du Conseil, j'ai eu l'occasion de prendre appui sur des textes européens pour protéger le principe d'égalité en sanctionnant une discrimination à rebours[4].

Au sein de l'Europe de la justice, les principes de confiance légitime et de reconnaissance mutuelle des décisions de justice sont essentiels. Il en est résulté des dispositifs qui se sont progressivement déployés : les mandats d'arrêt européens (avec l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[5] sur la question préjudicielle à la CJUE qui a su répondre dans des délais rapides pour ne pas créer de difficulté) ; les équipes communes d'enquête ; Europol et Eurojust...

L'ensemble confère une réalité substantielle à cette Europe de la justice. Ces principes de confiance légitime et de reconnaissance mutuelle constituent également le mur de soutènement de la stabilité et de la prévisibilité juridique et donc de l'essor économique de notre continent.

Rappelons enfin, pour mémoire, qu'au sein du conseil de l'Europe, les études de la CEPEJ[6] (commission européenne pour l'efficacité de la justice) traduisent la réalité des écarts de situation et d'investissement en matière de justice au sein des différents Etats membres, ce qui contribue inévitablement à faire progresser l'ensemble.

En dehors des processus institutionnels, de nombreux dispositifs ont été élaborés sur la base de principes coopératifs. Ainsi, c'est dans le cadre du processus de Bologne favorisant le rapprochement des systèmes d'études supérieures européens, qu'a été élaboré en 2002 le système LMD et créé en 2010 l'espace européen de l'enseignement supérieur.

[4] Décision 2015-520 QPC, Société métro holding France. Le Conseil constitutionnel a relevé qu'en édictant une condition relative aux droits de vote attachés aux titres des filiales pour pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur a entendu favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales. Il en a déduit que la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif. La rupture du principe d'égalité résulte d'une discrimination entre deux situations dont l'une est imposée par l'exigence de transposition des directives communautaires.

[5] Décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne].

[6] Voir par exemple, CEPEJ, Rapport d'évaluation 2022 (données 2020).

En matière judiciaire, c'est un foisonnement d'exemples qui renforce la capacité à agir des gouvernements :

- Le réseau des cours européennes permet des échanges entre magistrats et des dialogues approfondis pour une meilleure compréhension et explicitation des modalités de contrôle des décisions (contrôle de proportionnalité...);
- La création des magistrats de liaison a permis d'avancer plus rapidement sur les questions judiciaires impliquant différents Etats ;
- La lutte contre le terrorisme s'est trouvée confortée avec la constitution du « groupe Vendôme » : créé à mon initiative en 2018, il réunit les ministres de la justice de 7 Etats membres de l'UE (Allemagne, Espagne, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas et Italie) auxquels se sont alors adjoints le commissaire européen à la sécurité de l'Union, le président d'Eurojust et le coordinateur européen pour la lutte contre le terrorisme. Nous nous sommes engagés à soutenir la création d'un registre judiciaire antiterroriste au niveau européen, au sein d'Eurojust, (ce portage politique s'est ensuite traduit en textes législatifs de l'UE) ; à faciliter le retrait des contenus terroristes sur internet, enjeu majeur sur lequel l'Union européenne travaille actuellement et à améliorer la prise en charge des victimes.
- Comment enfin, ne pas évoquer le Parquet européen chargé de combattre toutes les activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE ? C'est un exemple intéressant de déclinaison concrète d'un besoin remonté du terrain (par le biais de notre membre national à Eurojust), partagé en franco-allemand puis, au niveau politique, entre pays fondateurs de l'UE et ensuite avec les autres représentants de l'UE sur le sujet (Eurojust, le coordinateur européen de la lutte contre le terrorisme, la Commissaire européenne à la justice, Vera Jourova...)

Ainsi, non seulement les contraintes envisagées ne freinent pas la capacité à agir mais elles contribuent par ailleurs à l'acceptabilité des décisions publiques.

L'acceptabilité des décisions

Se libérer des entraves juridiques des juges ! C'est une affirmation souvent entendue. Je ne partage pas cette idée car les juges affermissent le principe de légalité démocratique ce qui favorise l'acceptabilité des décisions. Mais de quels juges s'agit-il ? Et à quelles fins faudrait-il s'en libérer ?

S'agirait-il du conseil constitutionnel, le juge qui assure la légalité démocratique ? Ses décisions peuvent en quelques occasions, susciter un sentiment d'irritation voire être violemment critiquées comme cela a été le cas pour la décision sur les retraites[7] ou quelques autres. Je pense notamment à la décision qui reprend le contrôle sur les ordonnances[8] pour que le Conseil puisse, in fine, vérifier la conformité à la constitution de celles prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire et censurer des atteintes trop fortes à la liberté individuelle (ce qui a été le cas pour la prolongation des délais de détention provisoire[9]).

Mais il faut souligner que le gouvernement et le juge ne sont pas placés dans la même temporalité, ce qui peut expliquer les différences de regard et d'appréciation. Le décalage entre le temps de l'action et celui du contrôle autorise des perceptions différentes comme on a pu le constater à propos de l'état d'urgence terroriste.

Et que deviendrait un Etat qui n'accepterait pas d'être soumis à la censure de son juge constitutionnel ? Le glissement vers un Etat autoritaire serait inéluctable !

S'agirait-il des juges européens qui rétréciraient toute latitude d'action ? Je ne le crois pas car ces juges, qu'il s'agisse de la CJUE ou de la CEDH, travaillent sur un corpus de textes susceptible d'évoluer si nécessaire, soulignent, comme on le verra plus loin, des difficultés réellement existantes, se penchent sur des sujets d'actualité qui concourent à faire évoluer positivement les jurisprudences nationales et laissent souvent une marge d'appréciation et donc de manœuvre aux Etats. Les difficultés susceptibles d'en résulter finissent par se résoudre avec l'instauration de nouvelles pratiques.

A quelles fins faudrait-il se libérer de ces contraintes ? Les mots ressurgissent, toujours identiques, avec une double ambition affichée.

Cette liberté reconquise permettrait de retrouver des marges de manœuvre pour « reprendre le contrôle » ! Mais faut-il rappeler que si la jurisprudence conditionne l'écriture des textes, elle oblige aussi à une réflexion sur le respect des droits et libertés ou sur l'exigence politique. Au fond, les juges légitiment l'action en la rendant acceptable aux yeux

[7] Décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 - Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023.

[8] Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité].

[9] Décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, M. Ion Andronie R. et autre [Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire].

de nos concitoyens. Dans une démocratie comme la nôtre, dénoncer le gouvernement des juges est une double erreur : d'une part, les décisions de justice sont toujours rattachées à l'écriture d'un texte (la jurisprudence récente de la cour de cassation qui fait évoluer la conception de la compétence universelle des juridictions françaises[10] en cas de crime contre l'humanité a conduit le juge à rechercher l'intention du législateur dans les débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 août 2010) ; d'autre part comment envisager un Etat qui légitime sa capacité à agir en s'éloignant du respect des juges ? Ce qui se passe en Israël est aujourd'hui topique. L'impasse vers laquelle évolue le pays ne semble pas dessiner un modèle enviable.

L'absence de contraintes contribuerait aussi à réaffirmer une souveraineté nationale diluée dans un ensemble incertain. Mais il faut être honnête et lucide. Ce n'est pas de manière isolée que l'on parviendra à réguler le phénomène massif des mouvements migratoires qui ne fera que s'accroître ! Ce n'est pas seuls que nous parviendrons à reconquérir une indépendance militaire. Il est inutile de multiplier les exemples mais c'est sans doute par le dialogue au sein de l'Europe qu'il faut tenter de retrouver des marges d'action.

L'Europe et les juges ne constituent donc pas, en eux-mêmes, un frein à la capacité d'action du gouvernement. Tout au contraire, ils renforcent cette capacité d'action en cela même qu'ils posent des contraintes à accepter ou à dépasser. Et c'est bien le rôle du politique que de savoir mesurer ces contraintes pour en faire un levier d'action ! La place est alors à l'imagination constructive.

La puissance de l'imagination

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination » affirmait Jean Giraudoux. Cette imagination est nécessaire pour dépasser les contraintes et réaffirmer le volontarisme.

Dépasser les contraintes

Il ne faut pas être naïf : à partir du moment où la démocratie exige et accepte les contre-pouvoirs, cela génère nécessairement des contraintes pour les gouvernants. Il leur appartient de les prendre en compte pour les dépasser.

Il n'est pas absurde d'évoquer les contraintes juridiques de l'Europe au sens où à 27 Etats membres, l'UE a développé une technocratie assez lourde. La réponse ne peut être que de nature politique.

[10] Cass, Ass plénière, 12 mai 2023, pourvois n° 22-80.057 et 22-82.468.

- Si l'on considère que ces freins heurtent les souverainetés nationales ou altèrent les dispositions de l'art 4 TUE[11], la réponse n'est sans doute pas dans un frexit comme cela a pu être proposé à propos des questions migratoires mais dans un dialogue politique comme le suggèrent certains acteurs politiques. Il faut certes « reprendre le contrôle » (expression notamment réutilisée par Edouard Philippe[12]) non pas en sortant de l'UE mais en améliorant les instruments dont nous disposons : revoir les accords de Dublin, organiser le contrôle aux frontières européennes. Cela doit sûrement conduire à une intégration plus forte des politiques européennes (non pas moins d'Europe mais plus d'Europe) avec des objectifs partagés et des règles plus efficaces. L'ancien Premier ministre propose ainsi une « discussion assez vigoureuse entre le législateur et les juridictions compétentes, pour retrouver des marges de manœuvre ».
- Si l'on considère que les freins sont de nature technique, les évolutions et les accords peuvent se faire dans le cadre de négociations préalables à l'adoption des textes. Ainsi, au sein des conseils Justice et Affaires intérieures, l'intérêt ne réside pas tant dans le déroulement des séances plénières que dans les bilatérales pré, co ou post-JAI. C'est cela qui fait évoluer les positions des uns et des autres et conduit à des compromis ou des accords.

Les contraintes juridictionnelles découlent du rôle de plus en plus prégnant du juge constitutionnel et des juges européens. Deux observations à cet égard.

- Le Conseil constitutionnel, en tant que juge du respect des droits et libertés, applique les principes découlant des déclarations des droits.

Cela le conduit à des censures qui peuvent être perçues comme sévères par les élus ou par le gouvernement. Je pense ainsi à la censure de la proposition de loi (PPL) Avia[13] qui visait à lutter contre les contenus haineux sur internet et à celle relative à la PPL Braun-Pivet[14] instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine. Le gouvernement avait accordé son soutien à ces deux PPL tout en ayant conscience des enjeux juridiques et de leur instabilité constitutionnelle.

[11] « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

[12] L'express, 8 juin 2023.

[13] Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

[14] Décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020, Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine.

Il s'agissait d'un signe politique qui a été ultérieurement censuré par le Conseil. Par suite ces textes ont été réécrits en prenant acte des décisions du Conseil ce qui a, en réalité, amélioré le contenu même des dispositions envisagées.

- Quant à la CJUE, il faut rappeler son rôle progressiste dans la construction de l'UE[15]

Elle a promu l'intégration européenne notamment par ses grands arrêts de 1963 et 1964 relatifs à la primauté du droit de l'Union et à son applicabilité directe. Mais son influence sur les droits des Etats membres apparaît tantôt positive, tantôt plus contestable.

Positive, la jurisprudence sur le port du voile en entreprise l'est incontestablement : par deux décisions de 2017 et 2021[16], la CJUE a défini les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent interdire le port du foulard islamique. A ces occasions, la cour précise que cette interdiction ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions dès lors que ces règles sont appliquées de manière générale et indifférenciée. Cette interdiction doit également répondre à l'objectif d'assurer une politique de neutralité au sein de l'entreprise et correspondre à un besoin de l'employeur. Le dernier arrêt de la CJUE consacre, pour la première fois, la notion de marge nationale d'appréciation dans ce domaine. La CJUE a ainsi réussi à poser des règles claires là où depuis l'affaire Baby-Lou la France était en difficulté.

Contestable, la jurisprudence Tele 2 Sverige[17] sur l'utilisation des données électroniques et leur conservation dans le cadre des enquêtes pénales et de renseignement à des fins de lutte contre le terrorisme l'est indiscutablement. Les craintes liées à cette jurisprudence ont conduit, ex ante, les procureurs de quatre Etats européens (France, Belgique, Allemagne, Italie) à écrire au président de la CJUE pour demander que soit prise en compte la spécificité des enquêtes pénales. En tant que ministre de la justice, je suis allée rencontrer le juge français et le président de la CJUE aux mêmes fins. On ne fut pas suivi et la CJUE confirma sa jurisprudence en 2020[18]. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt d'assemblée du 21 Avril 2021[19] (French data network) chercha à concilier la jurisprudence européenne et les nécessités du droit pénal. La Cour de cassation a tiré les conséquences de cette jurisprudence dans un arrêt du 12 Juillet 2022[20]. La réalité doit être dite : à la suite de cette jurisprudence, on constate en France une baisse de 20% de l'exploitation des fadettes.

[15] Les juges européens ont « réussi à révéler l'extraordinaire fécondité de ce droit commun européen », Pierre Pescatore, Rôle et sens du droit et des juges, RIDP, 1974.

[16] CJUE, 14 mars 2017 (C-157/15 et C-188/15) et CJUE, 15 juillet 2021, affaires C-804-18 et C-341-19).

[17] CJUE, 21 décembre 2016, C-203/15 Tele2 Sverige.

[18] CJUE, 6 octobre 2020, C-623/17, Privacy international.

[19] CE, Ass, French Data Network et autres, 21 avril 2021.

[20] Cass, 12 juillet 2022, Pourvois n° 21-83.710, 21-83.820, 21-84.096 et 20-86.652.

De là à dire que cela a affaibli les capacités d'enquête et la répression il y a un pas qui ne peut être franchi mais il faut dire ce qui est. Il faudra donc faire appel à d'autres techniques d'enquête, ce que font déjà les Allemands.

Quant aux contraintes issues des arrêts de la CEDH, elles font parfois de cette cour une institution décriée qui apparaît abusivement progressiste ou irréaliste et donc inutilement contraignante. On cite souvent à cet égard le fait que la sécurité nationale serait menacée par des positions idéalistes : « le niveau d'exigences croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales impliquent parallèlement et inéluctablement une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques [21] » . Il faut toutefois noter que ces jurisprudences, parfois avant-gardistes, laissent des marges d'appréciation aux Etats membres. Je pense aux questions liées à la fin de vie ; à la retranscription des actes d'état civil après une GPA : dans un arrêt du 10 Avril 2019, la CEDH a imposé l'obligation de reconnaître une filiation avec la mère d'intention. Consultée par la Cour de cassation, la CEDH a laissé aux Etats européens la libre appréciation du moyen utilisé pour y parvenir. Quant aux conditions de détention, la France a été condamnée à plusieurs reprises pour traitements inhumains et dégradants en prison [22] non seulement en raison des modalités de détention mais aussi de l'absence de voie de recours efficace pour les détenus. La Cour pointe avant tout la surpopulation des prisons françaises et ses graves répercussions. Ces condamnations ont permis de faire évoluer favorablement notre droit. Comment enfin ne pas citer la liberté d'expression avec la lecture de l'art. 10 de la CEDH qui a permis des avancées importantes par l'application du principe de proportionnalité ? Certes, le juge, en exerçant ses pouvoirs en toute indépendance, doit rester dans la juste mesure, dans le respect de l'équilibre des pouvoirs. Il doit avoir conscience de la singularité de chacun des pouvoirs et au moins comprendre le fonctionnement de son Etat[23], pour se positionner justement et, si nécessaire, envisager un self-restraint, ce dont bien des juges ont conscience. Mais il est impensable de considérer le pouvoir judiciaire comme une contrainte devant être contournée !

Attention donc à mesurer les appréciations et à ne pas rejeter en bloc les institutions ou les process qui constituent parfois des irritants : les contraintes jurisprudentielles se transforment aussi en avancées de l'état de droit !

[21] CEDH, 28 Juillet 1999, Selmouni/France.

[22] CEDH, 30 janvier 2020, AFFAIRE J.M.B. ET AUTRES c. France, Requête no 9671/15 et 31 autres.

[23] Au sein de la CEDH, chaque juge national assure le suivi des dossiers de son pays.

Réaffirmer le volontarisme

Les contraintes européennes ou juridictionnelles dessinent un cadre ou des forces de résistance qui permettent au gouvernement de se positionner en les acceptant, en inventant de nouveaux dispositifs ou en modifiant l'état du droit existant.

Accepter ! Grâce à l'Europe, la France renforce sa souveraineté alimentaire, industrielle, de défense...Il faut donc jouer le jeu, celui de l'acceptation, même à un prix relativement élevé. Accepter les décisions de justice conduit à assurer le respect de l'état de droit, concept cardinal pour notre démocratie, mais aussi, bien souvent, à améliorer l'état du droit.

A la suite de décisions juridictionnelles, le parlement réécrit, en mieux, ce qui a été annulé par nos juridictions ou précise la portée de certains arrêts : face à la position de la Cour de cassation sur la GPA, le législateur a tenu à réaffirmer, dans la loi bioéthique de 2021, l'interdiction de la GPA en France.

Du point de vue de la tactique politique, il ne faut pas ignorer que le gouvernement et le parlement rédigent parfois des dispositions pour répondre à certaines attentes des parlementaires ou des citoyens mais dont la constitutionnalité ou la conventionnalité est incertaine. Nul n'ignore au gouvernement que ces dispositions pourront ultérieurement être invalidées (par un avis négatif du conseil d'Etat préalable au dépôt du projet de loi) ou censurées par le juge constitutionnel. Je pense ici à l'accroissement des pouvoirs d'enquête des procureurs[24] ou à la question sensible de présomption de non-consentement des mineurs en cas d'agression sexuelle [25].

Accepter et proposer ces écritures, c'est une manière de pousser à la réflexion, de faire évoluer l'opinion publique pour conduire ultérieurement à une décision publique murie, débattue et donc plus équilibrée.

La capacité à inventer est le propre du politique. L'action des ministres est sans doute moins visible au niveau européen que leur action nationale mais elle est déterminante. Ils peuvent se déployer dans ou hors du cadre institutionnel.

Diverses procédures institutionnelles au niveau européen permettent d'inventer à plusieurs (mais pas à l'unanimité) des solutions qui, a priori, heurtent un certain nombre d'Etats.

[24] Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

[25] Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

L'exemple du Parquet européen est topique. Un courrier conjoint des ministres de la justice allemand et français (C. Taubira) à la Commissaire européenne à la Justice (V. Reding) va, en mars 2013, lancer le processus qui ne s'achèvera que 8 ans plus tard en 2021. Il permettra la création de ce parquet initialement à 19 Etats par le biais d'une coopération renforcée (d'autres Etats membres s'y sont adjoints depuis). Fort de son succès, ce parquet travaille à l'extension de son domaine de compétence en envisageant de prendre en charge soit la lutte contre le terrorisme, soit les questions liées à l'environnement ou de manière plus immédiate liées à l'Ukraine, le respect des sanctions européennes.

C'est ainsi qu'au sein du conseil et de la commission des négociations sont conduites pour dépasser les clivages ou les inerties. C'est le cas concernant les textes évidences sur la preuve numérique. L'UE travaille à l'élaboration de nouvelles règles visant à accélérer l'accès aux données numériques utilisées pour enquêter sur des infractions pénales et poursuivre leurs auteurs, quelle que soit la localisation des données. Dans ce cadre, les négociations furent ardues notamment avec nos partenaires allemands et avec les Pays-Bas, très attentifs au respect des libertés individuelles, mais ont permis de déboucher sur un consensus acceptable par tous.

Hors du cadre institutionnel, le dialogue et les échanges permettent d'avancer et d'évoluer vers des processus plus institutionnalisés. A titre d'exemple, on peut évoquer la responsabilité pénale des entreprises : la France est l'un des rares pays de l'UE à reconnaître cette responsabilité pénale des personnes morales ce qui peut parfois mettre en difficulté notre compétitivité économique. La construction d'un « level playing field » suppose discussions et conviction pour avancer vers cette recherche d'une concurrence à armes égales. Il s'agit au fond de faire bouger les lignes, d'inventer des solutions créatives sans renoncer à l'état de droit.

A défaut d'acceptation des contraintes, d'invention pour les intégrer, il est toujours envisageable de modifier textes ou pratiques.

Pour dépasser des textes trop bloquants, des jurisprudences contraignantes ou des situations de grande complexité, seules des modifications de l'état du droit existant sont envisageables. C'est aussi le propre du politique que d'avancer en cette direction.

Il peut échouer ou trouver des solutions incertaines : je pense ici au projet de directive instituant une présomption simple de salariat pour les quatre millions de travailleurs des plateformes de l'UE adopté par le conseil le 12 juin 2023. Cela traduit l'application d'un cadre protecteur mais considéré comme totalement obsolète à l'heure où disparaissent les formes classiques de travail.

Le politique peut aussi peut avancer et faire progresser l'Europe par le dialogue. Les politiques de subventions de l'UE connaissent ainsi un véritable tournant : par l'adoption de l'IRA (inflation reduction act), les Etats-Unis ont provoqué une réaction commune et forte chez les 27 qui peu à peu sortent de la rigueur de l'ordolibéralisme allemand et entament une mue considérable avec le plan de relance européen conclu après la pandémie, le Repower act qui oriente des fonds vers la transition énergétique et un important plan d'aides liées à la transition climatique et numérique (batteries, gigafactories...).

Face à la certitude que le marché seul ne peut pas accélérer la transition énergétique et la décarbonation de l'économie, l'Europe modifie peu à peu ses règles initiales de fonctionnement et prend les mesures nécessaires, dans le cadre des institutions, pour traiter ces sujets novateurs, tout en veillant à ne pas créer de distorsions trop fortes entre les Etats.

Prenant conscience que les négociations avec les Américains ne peuvent se faire qu'à l'échelle européenne, la commission n'hésite plus à engager de nouvelles approches. Elle vient ainsi de proposer la création, le titre est évocateur, d'un fonds de souveraineté européen. Elle avance aussi sur la taxe carbone aux frontières de l'Europe qui renforcerait la souveraineté européenne en taxant à partir du 1er janvier 2016 les importations en provenance de pays tiers des biens le plus polluants.

Au fond, ces évolutions fondamentales traduisent un changement d'approche de la souveraineté. Au moins sur certains aspects, l'Europe doit avancer vers la construction raisonnée d'une souveraineté de l'Union qui seule, constituera un rempart efficace contre les atteintes à la démocratie et les visées concurrentielles des autres puissances internationales. Être ensemble au niveau européen c'est faire jouer un effet de levier pour démultiplier nos moyens.

Les hésitations pour aller vers une souveraineté européenne face à l'émergence d'acteurs mondiaux n'ont plus leur place.

Conclusion

Dans une démocratie, le politique doit respecter les contre-pouvoirs. « Se défier de la magistrature est le commencement de la dissolution sociale » affirmait Balzac par la voix de Jean-Jules Popinot, juge de première instance dans la comédie humaine. Il ne peut pas se réfugier derrière des périls imaginaires souvent amplifiés pour disséminer les inquiétudes ou dissimuler les responsabilités. Le gouvernement doit faire preuve de volontarisme (car il en faut pour faire évoluer le terrain de jeu sans immédiatement casser le jouet) et d'imagination. Pouvoirs et contre-pouvoirs constituent l'essence d'une démocratie réelle. Il faut les accepter et transformer les contraintes qu'ils posent en leviers d'action. Et, dans ce cadre, oui, le gouvernement peut (et doit) agir !



François Lecointre

*Grand chancelier de la Légion d'honneur
Ancien chef d'état-major des armées*

QUE PEUT L'AUTORITÉ MILITAIRE ?

Je ne suis pas juriste. Pour tout dire, je me sens assez éloigné du droit et je vais parler comme un soldat, comme un militaire dont toute la vie a été placée sous la double exigence, très forte, de la réalité et de la discipline.

Les armées en effet ont le sens du concret. Pour elles, le verbe s'incarne toujours dans une action qui va potentiellement jusqu'à donner la mort, j'y reviendrai, et jusqu'au risque de la vie des hommes. Les armées ne peuvent pas échapper à cela, ne serait-ce que parce que, si elles prétendaient s'exonérer, l'ennemi les rappellerait à cette réalité morbide. Ainsi les armées ne peuvent-elles pas se satisfaire du plaisir d'esthète que procure la rédaction d'un règlement ou d'un décret qui s'inscrit dans le bel ordonnancement de textes parfaitement cohérents entre eux et en pleine conformité avec les lois et la jurisprudence et que sais-je encore. Les armées, inexorablement, sont ramenées au réel et c'est sur ce réel qu'elles doivent s'efforcer de conserver le contrôle.

Les armées, par ailleurs, ont une absolue obligation, éthique autant que légale, de stricte subordination au politique. Parce que le monopole de la violence légitime est au cœur de l'existence même de l'Etat et que ces armées l'exercent dans des circonstances de danger existentiel pour la nation, cette éthique de la discipline les conduit à ne pas se contenter d'une obéissance formelle mais à pratiquer une obéissance active, dans l'esprit autant que dans la lettre, pour que l'on puisse être certain que les objectifs que fixe le Président de la République seront atteints le plus complètement possible, au risque consenti de la vie de nos hommes. On comprendra bien que la question de la garantie du contrôle du politique sur la conduite de la guerre est absolument essentielle et que les armées - en particulier la structure du haut commandement militaire - doivent absolument s'organiser pour que ce contrôle soit effectif du sommet jusqu'aux plus petits niveaux d'exécution qui produisent les effets décisifs sur le réel et sur l'ennemi.

Une fois posé ce cadre liminaire, je vais tenter de vous expliquer comment s'est posée, pour le chef d'Etat-Major des armées que j'ai été, la question de la perte de contrôle ? Sur quoi ai-je craint de perdre ce contrôle, et contre quoi ou qui ? Le Droit, l'Europe, une conception banalisatrice de l'institution militaire ?

En réalité la question de l'appréciation du degré de contrôle que l'on conserve sur une institution et sur les politiques qu'elle doit mettre en œuvre, ne peut être résolue que si l'on est capable de définir très précisément la finalité de ladite institution. J'évoquerai donc cette question de la finalité des armées qui, contrairement à ce que l'on peut penser, n'est pas comprise par le plus grand nombre, qu'il s'agisse des politiques, des experts en stratégie réels ou auto-proclamés ou de nos concitoyens en général.

Il faut ensuite définir ce que doivent être l'organisation, les structures, les modes de fonctionnement qui permettent de conduire et de réaliser pleinement les missions spécifiques qui correspondent à la finalité que l'on est parvenu à définir le plus clairement possible. J'essaierai donc de vous présenter ces éléments de structuration et de fonctionnement.

Il faut enfin identifier ce qui contraint ou limite la capacité de cette institution à conduire ses missions et lutter contre.

La finalité des armées tout d'abord : elle est mal connue. Il y a une absence de compréhension de plus en plus répandue dans l'ensemble de nos sociétés démocratiques, dans la classe politique, dans les élites, de ce que sont les armées, de ce à quoi elles servent réellement. Sans doute, en partie, à cause de la fin du service national mais, plus sûrement, à cause de l'illusion de la fin de la guerre. Parce que les armées, sont bien un outil forgé pour la mise en œuvre de la force, de manière délibérée, jusqu'à donner la mort. Chacun des termes que j'emploie signifie quelque chose : la force collective la plus extrême jusqu'à donner la mort, et mise en œuvre de façon délibérée. Vous voyez bien qu'une telle finalité exclut tout un champ d'emploi des armées, en particulier sur le territoire national. Car la mise en œuvre de la force de manière délibérée jusqu'au plus extrême ne peut se concevoir que pour défendre l'existence même de la nation et ses intérêts primordiaux. Cette conception sacralise le recours aux armées et justifie la fonction de chef des armées du Président de la République. En particulier depuis la création de la capacité d'anéantissement massif de l'arme nucléaire. Elle emporte, bien sûr, des conséquences sur la façon dont ces armées doivent être organisées et dont elles doivent fonctionner.

Et je retiens 2 qualités particulières que doivent avoir ces armées, si on veut qu'elles soient capables de mettre en œuvre cette force de manière délibérée quand les intérêts existentiels de la nation sont en jeu. C'est d'abord la très grande disponibilité. Une capacité d'intervention immédiate, sans délai, parce qu'on ne peut pas prévoir, on ne peut qu'imparfaitement anticiper le moment où le danger se présentera et où il deviendra existentiel. En tout cas cette anticipation est très difficile, en particulier dans les démocraties, généralement à ce point réticentes au recours à la force qu'on y retarde le plus tard possible

le moment où on prendra la conscience et la mesure de l'aspect existentiel du danger. Jusqu'au déni parfois. D'autre part, il faut que ces armées, qui vont intervenir pour mettre en œuvre la force dans le chaos du champ de bataille et de la guerre, puissent disposer d'un maximum d'autonomie pour ne pas dépendre d'autres, de prestataires de services divers.

Il faut donc que la composition, l'organisation et le fonctionnement qui seront retenus garantissent cette autonomie et cette disponibilité de tous les instants. Nos armées doivent ainsi détenir « en régie » des capacités et des compétences aussi variées et parfois aussi éloignées du service des armes que des médecins, des mécaniciens, des boulangers, des transmetteurs, etc. Elles s'organisent selon un mode pyramidal qui, seul, permet, en garantissant à chacun des niveaux hiérarchiques la maîtrise de toutes les compétences, l'exercice d'une subsidiarité et d'une liberté de manœuvre indispensables face à un ennemi peu prévisible par définition.

Lorsque j'ai pris mes fonctions de chef d'état-major des armées j'ai dû faire le constat -sans surprise compte-tenu de ce que j'avais observé au cours des années précédentes- que pour des raisons économiques, mais également pour des raisons stratégiques et surtout pour des motifs idéologiques ou politiques, les armées avaient été désorganisées de manière délibérée pour leur faire perdre les qualités que je viens d'évoquer.

Les considérations économiques sont bien connues qui ont conduit, en pleine époque des fameux « dividendes de la paix » à restreindre considérablement la part de la ressource publique consacrée aux armées. Le niveau de produit intérieur brut dépensé pour la défense a atteint un niveau qui objectivement, était très en dessous de ce qui était nécessaire pour simplement conserver nos compétences et nos capacités. En particulier parce que la France a su préserver cette dissuasion nucléaire qui est le cœur du cœur absolu et que ça s'est fait forcément en faisant des choix ailleurs. On a ainsi abandonné toute la politique de stocks et de réserves qui était indispensable à l'impératif de disponibilité sans lequel une armée perd l'indispensable réactivité que j'ai évoquée. Cet abandon a été habillé des oripeaux de la modernité. Des consultants qui ne connaissaient rien aux armées et ne se souciaient absolument pas de leur fonction employaient des expressions aussi séduisantes que « fonctionnement en flux tendus » et autres emprunts au monde de l'entreprise. En réalité, même ce changement de vocabulaire contenait une volonté de banalisation inquiétante. Comme si les armées avaient été une entreprise ou un « service public » parmi d'autres. Aujourd'hui, la guerre en Ukraine, et la prise de conscience généralisée et stupéfaite que même les États-Unis sont incapables de soutenir un effort de guerre dans la durée nous ramène à la réalité. Je sais que c'est un terme que tout le monde entend en permanence : les armées sont devenues échantillonnaires sous

le poids de la pression et de la contrainte économique et du choix qu'a fait le politique de réduire considérablement les moyens qui lui étaient consacrés pour les affecter à d'autres dépenses.

Intimement liée aux contraintes économiques, la configuration de la conflictualité dans les années post guerre froide faisait considérer comme définitivement obsolètes les impératifs d'action autonome et de réactivité. Dans une époque où l'on pensait qu'il n'y avait plus de guerre possible, et que les armées seraient désormais cantonnées dans un rôle de corps expéditionnaire, elles pouvaient passer sans dommage de l'état d'armées de la nation au statut d'instrument militaire au service de la diplomatie. Un corps expéditionnaire n'est le plus souvent engagé qu'à la mesure du signal que le politique veut adresser à sa propre opinion publique ou à la scène internationale. Et il est rare (sauf dans le cas très particulier d'une évacuation de ressortissants qui, au demeurant n'exige que très peu de moyens) qu'une urgence absolue préside à cet engagement. Il est donc toujours possible, tout en ayant renoncé à la disponibilité que j'évoquais plus tôt, de prendre le temps de la composition et de la préparation de la force expéditionnaire et de reconstituer, sur le théâtre considéré -et seulement là- les éléments de l'autonomie d'action dont on a décidé de se passer pour la vie courante des armées. Je ne m'étendrai pas ici sur les satisfactions de vanité qu'éprouvaient nos amis diplomates à pouvoir ainsi instrumenter les armées en se consacrant à la conception -qui leur était réservée- de la grande politique. Ce complexe de supériorité venant soulager de nombreuses frustrations n'est cependant pas neutre dans l'évolution de la compréhension du rôle stratégique des armées dans ces années-là.

Les motifs plus politiques qui ont présidé à la désorganisation des armées et donc, in fine, gravement contribué à la perte de contrôle de l'institution sur elle-même me paraissent d'une autre nature. Ils ne tiennent pas, en effet, à une évolution stratégique ou à une contrainte de nature économique. Ils procèdent directement d'une vision idéologique. Une vision des armées comprises comme intrinsèquement dangereuses pour la démocratie, comme une institution susceptible, presque par essence, d'être tentée par le pronunciamiento. Tentation d'autant plus forte que, détentrice de la force mais aussi d'une véritable autonomie vis-à-vis des services publics et animée d'une culture excessivement conservatrice, l'institution militaire se verrait comme l'ultime recours, non seulement contre l'ennemi mais contre un dérèglement du fonctionnement institutionnel du pays.

Des armées trop autonomes, trop singulières dans leur organisation et leur fonctionnement devaient donc être banalisées, « civilianisées ». J'emploie ici ce terme à dessein. Il s'agit en effet d'un néologisme créé par Morris Janowitz, célèbre sociologue américain qui, dans les années 60, avait – dans son livre

« The professional soldier » - théorisé cette volonté propre aux démocraties, en particulier lorsque leurs armées deviennent professionnelles, de banaliser celles-ci, de leur faire perdre leur singularité, fusse au détriment de leur efficacité, pour se protéger.

Les armées ont donc été désorganisées, ordonnées en tuyaux d'orgues, en renonçant au principe de subsidiarité, en diluant les responsabilités, en éloignant les forces de leurs soutiens et de leur administration, en externalisant des fonctions essentielles, etc. Tout cela en faisant abstraction de la réalité de la culture d'une armée profondément légaliste et républicaine.

Prenant mes fonctions de chef d'état-major des armées, je me suis donc attelé à reprendre le contrôle avec le plein appui du Président de la République qui était très conscient de la situation de risque dans laquelle cette civilianisation délibérée plaçait les armées face à la perspective de la guerre. Grâce à la compréhension que nous avons des motivations qui avaient prévalu à cette désorganisation nous sommes parvenus à remettre l'église au centre du village et les armées au cœur de leur ministère (le changement d'appellation de « ministère de la défense » à « ministère des armées » est, de ce point de vue, très significatif) à resubordonner l'ensemble des soutiens, de la logistique et de l'administration à l'opérationnel, c'est à dire à revenir sur les préconisations d'un rapport très célèbre dans les armées, le rapport Bouchard du nom d'un parlementaire qui, au lendemain de la défaite de 1870, avait parfaitement identifié que la banalisation des armées avait conduit au désastre.

Voilà ce à quoi je me suis attelé pour reprendre le contrôle. Non pas contre des règles de droit (même si on peut revenir sur la directive sur le temps de travail de l'Union européenne), non pas contre une bureaucratie européenne, mais simplement contre des contraintes économiques et contre une vision politique, à mon sens dépassée et par ailleurs de nature fantasmagorique.

Ce travail n'est pas terminé. Il nécessite d'être poursuivi en regardant l'Europe comme une opportunité et le seul cadre valable pour relever le défi formidable et l'enjeu vital que représentent pour nous tous la stabilisation et le développement de l'Afrique pour lesquels le volet militaire ne constitue qu'une part. Mais une part importante.

Je voudrais terminer mon propos sur la prise de contrôle, sur la lutte contre le droit, la norme et l'excès de contraintes par une affaire personnelle qui m'est arrivée quand j'étais jeune capitaine.

Les règles d'engagement de l'ONU sont extrêmement contraignantes parce qu'une force de l'ONU ne peut intervenir dans un pays que si les parties en présence dans une guerre civile, comme c'était le cas en ex Yougoslavie, consentent à ce qu'elles soient engagées.

Elles désarment complètement les contingents ONUsiens face aux factions entre lesquelles ils doivent s'interposer.

Nous étions dans ce cas-là à Sarajevo en 95, rendus impuissants par des règles d'engagement de la FORPONU qui nous interdisaient d'ouvrir le feu autrement qu'en réaction. Nous ne pouvions neutraliser ceux qui massacraient des gens à coup de mortier ou qui snipaient les passants dans la rue, qu'une fois que leur tir avait été effectué et l'emplacement à partir duquel il l'avait effectué parfaitement repéré. Autant vous dire que nous étions parfaitement inefficaces dans notre mission de protection de la population civile et que, même si nous avions voulu conduire la moindre rétorsion en espérant qu'elle aurait un effet dissuasif, nos ennemis potentiels changeant de position après chaque tir nous en rendaient incapables.

Un dilemme moral très puissant pesait sur les soldats français qui se sentaient désarmés moralement, qui se sentaient incohérents dans leur mission et dans leur engagement. Cela gênait moins d'autres contingents, mais les armées françaises sont ainsi faites qu'elles s'engagent totalement et -je vous l'ai dit- « dans l'esprit ». L'absurdité de cette situation a fini par déboucher sur la crise des otages : la règle de droit nous désarmait à un point tel et nous rendait à ce point incapables de faire quoi que ce soit que les Serbes ou les Bosniaques pouvaient venir nous ôter nos armes et nous faire prisonniers ou otages, et que nous ne pouvions pas réagir.

Je rappelle que c'est ce qui s'était passé quelques mois avant au Rwanda, des casques bleus canadiens s'étant laissés désarmer et massacrer par les miliciens.

Le Président Chirac a alors réagi, en politique, et donné des ordres très clairs de changement de posture sans se soucier de la contrainte de droit qui s'imposait à nous. Nous avons donc dû monter une opération de reprise d'un poste de l'ONU de vive force, par un assaut d'infanterie « baïonnette au canon », très classique.

Quand on monte à un assaut d'infanterie, permettez-moi d'être un peu technique, on commence par pilonner la position dont on va essayer de s'emparer à coups de tirs d'artillerie. Il s'agit de tuer ou blesser le maximum de gens sur cette position, de les abrutir de bruit et de chocs de façon à ce que lorsqu'on aborde les derniers mètres qui exposent au combat à très courte

distance ou au corps-à-corps, l'ennemi soit tellement assommé qu'il ait une réaction la moins efficace possible. On peut alors avoir des chances d'épargner un peu la vie de ses hommes.

Pour respecter la règle de droit ONUisienne, nous avons fait l'inverse. Nous avons décidé de monter à l'assaut sans avoir fait aucun tir de préparation sur l'objectif que nous allions reprendre mais en ayant imaginé que nous devrions recourir à la légitime défense. Il fallait donc que nous soyons d'abord pris à parti par l'ennemi potentiel avant de pouvoir réagir en ayant anticipé sur le fait que tout de suite, dès les premiers tirs ennemis qui blessaient et tuaient nos hommes, nous pourrions mettre en place des appuis et que nous effectuerions des tirs.

Nous avons eu beaucoup de pertes dans cet assaut (2 tués et 17 blessés graves sur un élément d'assaut de 30 hommes) et je pense qu'une bonne partie de ces pertes est liée à cette volonté qui était la nôtre, contraints par des règles de droit qui étaient une forme d'absurdité dans la guerre, malgré tout, de remplir notre mission.

Voilà comment on peut reprendre le contrôle me semble-t-il. En refusant que la règle de droit nous exonère de remplir notre mission ou que notre mission nous autorise à nous exonérer de la règle de droit. Et en acceptant le risque.

J'en tire un enseignement, c'est finalement l'éthique contre le droit pour atteindre l'efficacité, réaliser la mission. Mais le faire en assumant le risque le plus extrême, le risque de sa propre vie. Il me semble que c'est peut-être une forme de définition militaire de ce qu'est le sens des responsabilités.



Eric Thiers

Conseiller d'Etat

Ancien chef des services de la Commission des lois de l'Assemblée nationale

Chercheur associé au CEVIPOF

QUE PEUT LE PARLEMENT ? PLAIDOYER POUR UN PARLEMENT À SA JUSTE PLACE

Depuis 1958, l'usage veut qu'on déplore la faiblesse du Parlement. Chambre d'enregistrement, caporalisation des députés, nécessité – répétée comme un mantra – de « revaloriser » le Parlement, sont autant de passages obligés aujourd'hui lorsqu'on évoque cette institution. S'il est vrai que la Constitution de la Ve République a minorisé le Parlement par rapport au rôle qu'il jouait jusqu'alors, il me semble que la réalité est plus nuancée. Ces idées toutes faites sur la faiblesse parlementaire ne prêteraient guère à conséquence si elles ne nourrissaient depuis des décennies des projets de réforme en tout sens visant justement à donner plus de pouvoirs à cette institution. Face à un exécutif tout puissant, le Parlement ne pourrait plus rien, nous disent bon nombre de professeurs, de journalistes et de membres des assemblées. Est-ce si vrai ? Cela mérite de s'y arrêter un instant.

Apprécier le rôle du Parlement à sa juste mesure

Que peut le Parlement ? Pour qui a vécu au sein de cette institution, l'a servie avec engagement, plaisir et fierté, et croit à la démocratie représentative, comme l'auteur de ces lignes, la réponse pourrait être : le Parlement peut beaucoup mais il ne peut pas tout.

L'enjeu est bien d'apprécier le rôle du Parlement à sa juste mesure. Cela suppose une prise de conscience au-delà de quelques idées convenues. La principale difficulté à laquelle nous sommes collectivement confrontés pour comprendre et apprécier ce rôle tient dans un paradoxe. Nous pensons trop encore que, d'un côté, le Parlement devrait tout faire et que, de l'autre, il ne peut plus rien. C'est cette béance fantasmique entre un désir d'omnipotence parlementaire et une appréciation erronée et même injuste du travail parlementaire qui voile tout regard lucide sur ce qu'est le Parlement. Or, la question aujourd'hui est bien de faire en sorte que dans une démocratie aux fondements de plus en plus mouvants le Parlement trouve sa juste place.

La question de cette juste place est bel et bien posée depuis des années et même des décennies ; bien avant même 1958. Les références abondent. Il n'est qu'à citer Blum et Tardieu qui, chacun selon sa sensibilité, a proposé une réforme de l'institution[26]. C'est aussi à cette question que la révision constitutionnelle de 2008 a voulu apporter une réponse, sans doute imparfaite, en essayant de tirer les conséquences du quinquennat et de l'inversion du calendrier électoral qui a placé le scrutin législatif après le vote à la présidentielle. À cet égard, ayant contribué au sein du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, présidé par Edouard Balladur, puis comme directeur du cabinet du ministre des relations avec le Parlement, et enfin comme responsable du service de la commission des Lois à l'Assemblée nationale, à la conception et à la mise en œuvre de cette réforme, il me semble qu'il ne nous faut pas être dans la contrition, ne pas se sentir « ce poil de chien battu », comme dirait Charles Péguy. Cette réforme mérite qu'on porte sur elle un regard équilibré. Elle a donné un statut à l'opposition[27], de nouvelles marges de manœuvre au Parlement, en ouvrant des espaces de dialogue et de négociation entre le gouvernement et les différentes forces parlementaires[28]. Le pari était de donner au Parlement une nouvelle capacité d'agir à charge pour lui de l'employer au mieux. Le bilan est sans doute en demie teinte mais il est loin d'être nul.

La question de la juste place du Parlement n'est pas uniquement institutionnelle. Les rapports entre le pouvoir exécutif et les assemblées, les relations entre l'Assemblée nationale et le Sénat, entre la majorité et les oppositions sont évidemment des sujets importants. Mais plus profondément, ce qui est en cause c'est le rôle du Parlement dans une démocratie dont les formes sont en mutation parce que les citoyens ont changé dans leur rapport à la politique, à l'autorité, à la légitimité, à la raison, à la nation... Ici se pose naturellement le problème de l'articulation entre les nouvelles formes de citoyenneté et la représentation politique, à laquelle la réforme du Conseil économique, social et environnemental de 2021 a apporté une première réponse institutionnelle. Cette réforme ayant pour but de développer la participation démocratique s'est traduite concrètement par l'organisation de la convention citoyenne sur la fin de vie en 2022-2023. Et c'est sans doute la question de cette articulation à laquelle il est le plus difficile d'apporter une réponse simple aujourd'hui.

[26] Léon Blum, *La réforme gouvernementale*, Paris, Grasset, 1936. André Tardieu, *La Révolution à refaire*, tome 1, *Le souverain captif*, Paris, Flammarion, 1936 et tome 2, *La profession parlementaire*, Paris, Flammarion, 1937. Voir aussi Jean-Félix de Bujadoux, *Rationalisation du parlementarisme en France (XIXe-XXe siècles)*, thèse de doctorat en droit public sous la direction du professeur Philippe Lavaux, 2019.

[27] Olivier Rozenberg et Eric Thiers (dir.), *L'opposition parlementaire*, Paris, La Documentation française, 2013.

[28] Sans compter les autres aspects de cette réforme constitutionnelle avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, la création du défenseur des droits...

Certains regrettent le temps où toutes ces aspirations démocratiques nouvelles n'existaient pas, où l'on élisait ses représentants sans avoir vraiment à rendre des comptes, à faire participer les citoyens. Mais, comme dirait le Général, « on peut regretter la douceur des lampes à huile, la splendeur de la marine à voile, le charme du temps des équipages »... Il faut prendre la société telle qu'elle est et répondre au mieux – c'est-à-dire avec des règles claires, solides, et sans confusion – à ses aspirations même contradictoires.

La question de la juste place du Parlement se pose aussi au regard de l'idée même de souveraineté nationale que le Parlement a longtemps incarné exclusivement. Certains courants politiques voudraient qu'il puisse à nouveau pleinement le faire en s'affranchissant de l'Europe et de ses règles, en surmontant les décisions des juges en particulier constitutionnels, et, pour les plus radicaux, en négligeant les principes mêmes de l'État de droit. Le Parlement pleinement souverain serait l'instrument de la primauté absolue de la volonté politique face à tout ce qui semble la limiter. D'une certaine manière tel est le chemin que les Britanniques ont décidé d'emprunter avec le Brexit : Westminster n'est plus contraint, ni par Bruxelles, ni par Luxembourg ni même peut-être un jour par Strasbourg... On voit ainsi renaître une équation politico-juridique que Carré de Malberg avait critiqué en son temps[29], selon laquelle Parlement souverain = Nation souveraine. Est-ce si simple ?

Pourquoi attend-on autant du Parlement, et pour tout dire, trop du Parlement ?

Nostalgie et fantasme

Il faut rechercher dans l'histoire la raison de cette attente. Il existe dans notre société politique une forme de nostalgie. Nous sommes un peuple politique c'est-à-dire historique. Il me semble nécessaire d'avoir conscience de ce climat nostalgique si on veut avancer lucidement sur la question parlementaire. Nous aimons collectivement rejouer l'histoire avec pour référence ultime la Révolution française aujourd'hui encore. Il suffit de voir la manière dont certaines formations politiques évoquent sans cesse Robespierre ou la Convention. Cette tendance à ressasser le passé est parfois exaltante ; elle peut être aussi déprimante. Parmi ces topos ruminés, la IIIe République tient aussi une place de choix. Âge d'or du Parlement tout puissant, avec les plus grands orateurs, époque où le talent d'un seul homme (les femmes étant exclues, rappelons-le au passage) pouvait retourner une chambre entière et faire tomber un gouvernement, la IIIe République pèse encore dans l'inconscient collectif. On déplore de ne plus entendre au Palais Bourbon les Jaurès, Briand ou Clemenceau. C'en est fini des séances historiques, des personnages

[29] Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984 [1re édition 1931].

à la Gabin, Émile Beaufort dans *Le Président*, tiré d'un roman de Simenon et porté à l'écran par Verneuil. On rêve finalement d'un retour de ces « Grandes heures du Parlement ». Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si Philippe Séguin, président de l'Assemblée nationale qui marqua tout ceux qui eurent la chance de travailler avec lui, intitula ainsi l'exposition permanente qu'il inaugura avec le Président Mitterrand en 1995 à Versailles, dans les locaux du Congrès. Les Grandes heures du Parlement ne cessent d'être en surplomb de tout semblant de réflexion sur l'avenir de cette institution. Nous vivons avec ce surmoi historique qui nous conduit à considérer que le Parlement doit, par essence, se conformer à certains canons d'autrefois, nés au XVIIIe et au XIXe siècles, pour estimer qu'il est à sa juste place.

Or, cela nous empêche de penser à nouveaux frais le rôle du Parlement dans le monde tel qu'il est.

D'ailleurs, les deux premiers Présidents de la Ve République ne s'y étaient pas trompés. Ainsi le général de Gaulle regrette dans ses *Mémoires d'espoir* : « ce ferment qui animait la vie et l'éloquence parlementaires sans lequel les discussions perdent de leur dramatique attrait (...). Une sorte de mécanisation morose régit maintenant les assemblées. À moi, qui ai toujours révééré les talents oratoires dont s'illustrait la tribune française, cet effacement inspire de la mélancolie. Mais je me console en voyant disparaître le trouble qui, sous le signe « des jeux, des poisons, des délices » parlementaires marqua la IIIe et la IVe Républiques et les emporta toutes les deux. » Pour lui le Parlement doit contribuer à la finalité du régime : assurer « à l'État républicain l'efficacité, la stabilité et la continuité exigées par le redressement de la France. Là sera l'épreuve décisive du Parlement. [30] » Devant Alain Peyrefitte, en 1963, il souhaite que des « grands débats » puissent être organisés à l'Assemblée nationale, par exemple sur la ratification du traité franco-allemand, la nouvelle orientation des rapports entre la France et l'Algérie ou l'aménagement de la région parisienne[31].

Quant à Georges Pompidou, il écrit dans *Le Nœud gordien* : « Reste, il est vrai, à redéfinir le rôle du Parlement. L'opinion est généralement admise que depuis 1958 l'Assemblée n'a qu'un rôle négligeable, un rôle d'enregistrement. Certes, pour ceux qui pensent que la vie politique normale est celle que nous avons connue au moins depuis la fin de la Première guerre mondiale, dans laquelle les gouvernements n'avaient d'autres choix que de céder aux exigences de l'Assemblée, c'est-à-dire les groupes charnières dont dépendait la majorité, ou de se faire renverser, alors il est vrai que les séances du Palais Bourbon ont perdu de leur intérêt. Mais qu'on me permette de dire que je n'ai jamais trouvé

[30] Charles de Gaulle, *Mémoires*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 2000, p. 1123-1124.

[31] Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, tome 1, Paris, Editions de Fallois-Fayard, 1994, p. 458-459.

[32] *Le Nœud gordien*, Paris, Plon, 1974, p. 68-69.

au Palais Bourbon une chambre d'enregistrement.[32] » Puis il décrit la nécessité dans laquelle il s'est trouvé comme Premier ministre d'expliquer, de débattre, modifier ses textes pour s'accorder avec sa majorité. Celle-ci avait – et a toujours – à choisir selon lui entre « renverser le gouvernement ou accepter une décision qui ne lui convient pas parfaitement[33] ».

Pour avoir exercé des fonctions du côté gouvernemental comme celles de directeur du cabinet du ministre des Relations avec le Parlement ou de conseiller spécial de la ministre de la Justice, je puis témoigner que les majorités, même absolues, ne sont jamais dociles et soumises. Il faut toujours convaincre et négocier, sans que cela s'étale d'ailleurs sur la place publique. In fine, des accords sont trouvés. Mais penser que ce résultat est le fruit d'une stricte discipline c'est méconnaître le travail souterrain qui est accompli avant.

Les conséquences de l'obsession de l'âge d'or

Plusieurs conséquences s'attachent à ce topos : le regret des grands orateurs, on l'a vu, la sacralisation du droit d'amendement, la méfiance à l'égard de la discipline politique.

Le droit d'amendement est aujourd'hui encore considéré comme l'ultime droit du parlementaire. Il y a là une forme de sacralisation propre à notre pays, qui n'existe pas à ce point dans bon nombre de démocraties où ce droit s'exerce moins individuellement et où il est plus strictement régulé par les groupes parlementaires.

Nulle part on n'observe comme aujourd'hui le dépôt de dizaines de milliers d'amendements qui thrombosent l'institution, ne permettent plus de distinguer l'essentiel de l'accessoire, rendent trop souvent les débats et les lois informes. Le Parlement français reste encore très marqué par une culture individualiste fondée sur l'idée que le député ou le sénateur est à lui seul représentant de la Nation entière au même titre que tous ses collègues. Là où dans les grandes démocraties parlementaires, la discipline politique est perçue comme un mode normal d'organisation, rationnel et moderne, qui contribue à la clarté des débats et des enjeux, elle apparaît encore souvent en France comme une contrainte excessive, illégitime même, contraire à la démocratie en somme. Convergent ici plusieurs tendances propres à notre pays : une méfiance à l'égard des partis et une faiblesse de ces organisations dans notre démocratie ; l'idée que la volonté générale née de la raison est une, comme la souveraineté, et dès lors les partis, porteurs d'intérêts particuliers, ne sont pas les plus à même de l'incarner ; des députés élus selon un mode de scrutin majoritaire qui leur permet de se maintenir à distance d'une rigoureuse discipline, forts qu'ils sont de leur propre légitimité conquise sur le terrain.

[33] Ibid.

La conséquence de cette idée de l'indépendance parlementaire est ambivalente. Dans un régime médiatique qui ne va pas en s'améliorant, tout dissensus mineur au sein de la majorité devient un couac ou une affaire, alors qu'il s'agit simplement de la vie démocratique, faite de négociations, de débats et de désaccords, parfois de heurts. D'une petite chose on fait toute une histoire, un feuilleton. De l'autre côté, lorsque les parlementaires acceptent un compromis, ou se rallient à la ligne majoritaire de leur groupe, on leur fait immédiatement un procès en « caporalisation », en « godillot », en « playmobilisation ». Or, là encore n'est-ce pas le jeu normal d'une démocratie parlementaire qui repose sur une cohérence forte entre le gouvernement et la majorité dont il est issu ?

Comment accepter et organiser la respiration démocratique parlementaire dans ces conditions ? Et comment être juste avec cette belle institution parlementaire dès lors que l'on plaque sur son action trop d'idées reçues ? Il me semble que nous avons collectivement un devoir de lucidité. Le Parlement ne peut pas tout et ne doit pas tout pouvoir pour plusieurs raisons.

Omnipotence et dispersion

La première, fondamentale, est que la démocratie est un régime de séparation des pouvoirs, et non de confusion ou de monopolisation de ces pouvoirs. Nulle institution ne doit disposer de tous les pouvoirs, pas même le Parlement. La Ve République a assigné au Parlement une mission qui est mentionnée explicitement à l'article 24 de la Constitution : voter la loi, contrôler l'action du gouvernement et, depuis 2008, évaluer les politiques publiques. À cela on doit ajouter la fonction de représentation telle qu'elle ressort de l'article 3 de la Constitution, la souveraineté nationale qui appartient au peuple étant exercée par ses représentants. Le constituant de 1958 a ainsi tranché avec l'idée d'un Parlement omnipotent pour le ramener à une fonction au périmètre moins large. De là est né un sentiment de minoration.

Au passage, il me semble qu'il faudrait cesser de considérer que le Parlement est un « contre-pouvoir » comme on le trouve trop souvent sous les plumes journalistiques ou académiques, voire parlementaires elles-mêmes. Le Parlement est un pouvoir à part entière. Il n'est pas là pour être contre, pour s'opposer mais pour agir et remplir les missions constitutionnelles qui lui sont assignées.

Finalement, l'omnipotence est une impotence comme la dispersion une perversion. Le Parlement doit, pour être fort, se prémunir contre ces tentations.

D'autres causes ont conduit à la fin de l'omnipotence du Parlement. Elles sont bien connues : l'émergence du contrôle de constitutionnalité puis

son renforcement par l'extension du droit de saisine et la question prioritaire de constitutionnalité ; la primauté des traités sur la loi telle qu'elle est prévue par l'article 55 de la Constitution et la montée en puissance du droit européen. On doit aussi évoquer d'autres raisons, moins institutionnelles ou juridiques. La complexité d'une société qui n'a plus rien à voir avec celle de 1958 rend l'action publique elle-même compliquée. Le rapport à la politique et à la démocratie pèse aussi sur l'action du Parlement et la représentation que s'en font les citoyens. Malheureusement les députés et les sénateurs n'échappent pas aux critiques, à la perte de confiance, au prurit populiste et anti-élitiste. Les citoyens sont très ambivalents à l'égard d'une institution qui leur apparaît comme devant représenter par excellence la démocratie et qu'ils critiquent de manière acerbe, injuste le plus souvent, et parfois violente hélas.

Or, né au XVIIIe siècle, arrivé à maturité au cours du siècle suivant, le Parlement n'est pas l'institution la mieux armée pour faire face à ces bouleversements au sein d'une société marquée par le besoin de leadership associé à une demande citoyenne de forte horizontalité et de démocratie directe, par l'immédiateté et soumise de plus en plus au règne de l'émotion. Le Parlement est exactement l'inverse. Il est collégial et son existence repose sur l'idée de représentation ; il a besoin de temps pour délibérer ; l'exercice de délibération et de vote de la loi est – en principe – fondé en raison dans le cadre de procédures qui permettent de conférer à ces débats toute la clarté nécessaire. On en vient à se demander si le Parlement est dessiné pour le monde actuel ? Je suis convaincu qu'il peut l'être mais au prix de la prise de conscience collective que j'évoquais précédemment. Or, le Parlement apparaît parfois désemparé face à cet obstacle à surmonter en raison même de cet étalon fantasmatique qu'il se fixe lui-même et de cette béance entre une aspiration idéale et une réalité plus prosaïque. Toute la difficulté est de faire vivre une institution du XIXe siècle au XXIe siècle.

Pourtant ce n'est pas parce que le Parlement ne peut pas tout qu'il ne peut rien.

Pour un Parlement fort

Je ne vais pas reprendre ici une à une les prérogatives des assemblées. Elles savent en user et il faudrait, pour aller plus loin, distinguer l'Assemblée nationale et le Sénat, qui ont chacun une identité forte. Il existe bien des voies à développer beaucoup plus et à valoriser. J'en profite pour contester le terme aujourd'hui si convenu de « revalorisation du Parlement » qui ne veut strictement rien dire et renvoie là encore à l'idée que l'institution est dévalorisée par rapport à ce qu'elle fut. L'essentiel est plutôt de « valoriser » ce que font les parlementaires auxquels je souhaiterais ici rendre aussi hommage. J'ai eu l'honneur de servir de très nombreux députés pendant un quart

de siècle, parmi lesquelles je voudrais simplement citer les présidents de commission des Lois avec lesquels j'ai travaillé étroitement – Catherine Tasca, Bernard Roman, Jean-Luc Warsmann et Jean-Jacques Urvoas. Je peux témoigner qu'ils furent tout sauf spectateurs. Comme responsables de commission ou comme rapporteurs de textes importants, les députés que j'ai servis avaient toujours la volonté chevillée au corps d'agir dans le sens de l'intérêt général, selon leurs convictions.

Si l'on doit livrer quelques pistes de réflexion, il me semble que la première d'entre elles est celle des amendements, comme je l'ai évoqué précédemment. Sous la XV^e législature (2017-2022), on en a compté 200 000 ! Après une seule année, lors de l'actuelle législature, on en dénombre plus de 50 000. Jusqu'où ira-t-on ? Encore une fois, aucun Parlement ne connaît cela. Comment rendre les débats lisibles pour nos concitoyens ? Ne faudrait-il pas – c'était l'ambition de la révision de 2008, qui n'a pas réussi en cela – faire en sorte que ne viennent dans l'hémicycle que quelques dizaines d'amendements significatifs permettant d'organiser des débats très politiques qui mettraient en valeur les enjeux de manière claire. Le reste serait traité au niveau des commissions.

Il me semble aussi qu'il faut développer et mieux valoriser ce que l'on peut appeler « le cercle vertueux du contrôle et de l'initiative législative » : un travail d'évaluation via une mission d'information ou une commission d'enquête sur un sujet, qui peut associer majorité et opposition ; la préparation d'une proposition de loi, au besoin en saisissant le Conseil d'État comme cela est possible depuis la révision de 2008 ; l'examen de ce texte ; son évaluation ex post. Comme exemples de ce cercle vertueux, on peut citer les travaux menés sur la législation relative aux armes, à la prescription pénale ou à la révision des jugements pénaux, il y a quelques années. Ainsi le Parlement contribue utilement à l'action publique en usant de manière cohérente de toutes ses prérogatives constitutionnelles.

Le Parlement doit aussi se projeter hors les murs. Nous constatons aujourd'hui une béance entre l'échelon national et l'échelon local. Ce qui se fait au plan macro n'est plus compris au plan micro. Par nature les parlementaires ont vocation naturellement à être le maillon entre ces deux échelles. Il leur appartient de faire remonter les préoccupations des citoyens auprès de l'État central mais en sens inverse ils ont aussi vocation à être les ambassadeurs de l'État central dont ils sont des acteurs essentiels vers ce que l'on nomme le « terrain ».

Pour bien être compris, je voudrais conclure par une forme de plaidoyer pour le parlement. Il est une institution à nulle autre pareille au sein de nos démocraties pour les raisons suivantes. C'est le lieu du pluralisme.

Par essence, les hémicycles incarnent cette diversité qui est la nature même de la démocratie. Ensuite, le Parlement est public : c'est en son sein que les grands enjeux politiques peuvent être exposés, mis en lumière, mis en scène, mis en mots, pour nouer le débat républicain. Il existe aujourd'hui une concurrence avec beaucoup d'autres forums, principalement virtuels, mais je ne crois pas que la partie soit perdue pour l'institution parlementaire si elle sait se réformer. Le Parlement est aussi un centre névralgique. Il n'est ni seul ni omnipotent mais il est au cœur d'un réseau démocratique, interagissant avec toutes les institutions (gouvernement, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour des comptes, Conseil économique, social et environnemental...) et évidemment avec les citoyens.

La démocratie n'est jamais servie par la confusion des pouvoirs. Le Parlement doit jouer sa partition avec vigueur mais au sein d'un orchestre plus large. C'est cette harmonie qui est la clé de tout.



Emmanuelle Mignon

*Avocat associé August Debouzy
Ancienne directrice de cabinet du Président Nicolas
Sarkozy*

Que peut le Président de la République ?

J'ai l'impression d'avoir une très grosse charge sur les épaules. Le Président de la République est la clé de voute des institutions et il a énormément de pouvoir dans notre pays (sans doute trop). La tentation naturelle est donc de se dire que « pour reprendre le contrôle », une bonne partie, voire l'essentiel de la solution est au 55 rue du Faubourg Saint-Honoré. Vous attendez donc sans doute beaucoup de mon intervention.

Je vais hélas vous décevoir tout de suite : je n'ai pas de solution miracle. Par ailleurs, j'ai beaucoup de doutes, d'hésitations. Mais, comme le disait Nietzsche : « ce n'est pas le doute qui rend fou, mais la certitude ». C'est donc en pleine conscience de mes doutes et de mes limites que je vais essayer de formuler quelques remarques que je tire de mon expérience auprès de Nicolas Sarkozy, quand il était ministre, puis à l'Élysée quand il était Président de la République, mais aussi des deux campagnes présidentielles auxquelles j'ai participé, en particulier celle de 2007.

Le Président peut et doit faire deux choses, qui sont faciles à exprimer, difficiles à exécuter et extrêmement difficiles à articuler.

Faciles à exprimer

Elles sont dans la Constitution. La première est évidemment de se faire élire (articles 6 et 7) ; la seconde est d'exercer son rôle de Président de la République décrit à l'article 5 de la Constitution. J'ajoute l'article 20 puisque tout le monde sait que c'est le Président qui, en pratique, détermine et conduit la politique de la Nation. Je me place dans l'hypothèse où l'on n'est pas en période de cohabitation.

Difficiles à exécuter

Tout d'abord se faire élire est très difficile. Nicolas Sarkozy avait l'habitude de dire : « il y a deux élections difficiles dans le monde, l'élection présidentielle américaine et l'élection présidentielle française ». Difficile parce que c'est une élection de programme, en tout cas c'est censé être une élection de programme, mais c'est aussi fondamentalement une élection de personne.

Les candidats donnent énormément d'eux-mêmes dans une campagne présidentielle, c'est quelque chose de très intense, une rencontre avec les Français, avec une forte dimension émotionnelle.

Je discutais avec François Bayrou dans l'avion qui nous emmenait ici et il me faisait remarquer que le poids de l'image dans le monde d'aujourd'hui conduit à une personnalisation du pouvoir et des processus électoraux dans tous les pays, y compris dans les démocraties parlementaires classiques où traditionnellement l'on porte en principe au pouvoir un parti, une majorité, des idées, avant d'y porter un homme ou une femme. Sans doute est-ce vrai, mais cette personnalisation, cette incarnation du pouvoir par une personne, se cumule en France avec les pouvoirs extrêmement importants du Président de la République. Il en résulte des attentes très fortes qui convergent sur sa personne, dans un pays où, par ailleurs, Didier Casas l'a très bien rappelé, on attend beaucoup de l'Etat.

Autre difficulté, c'est une élection populaire. Les électeurs déterminants de l'issue du scrutin présidentiel ne sont pas les gens qui sont dans cette salle. Nous, nous sommes les privilégiés du système, intégrés, bénéficiaires de la mondialisation, peu exposés aux difficultés du quotidien, encore moins aux anxiétés de l'avenir. Mais la France de l'élection présidentielle, c'est la France des classes moyennes et populaires. Cela ne veut certainement pas dire que nous seuls sommes intelligents, que nous seuls pouvons comprendre les problèmes, que nous seuls sommes en capacité de mesurer à quel point l'exercice du pouvoir est difficile, et que l'on serait condamné, en campagne électorale, à servir des discours simplistes en sachant qu'ils se heurteront ensuite au mur de la réalité. Cela veut dire que, pendant la campagne présidentielle, le candidat doit donner des perspectives immédiates à des personnes qui n'ont pas le temps d'attendre.

Le slogan officiel de la campagne de 2007 de Nicolas Sarkozy n'était pas « travailler plus pour gagner plus ». Mais c'est celui que l'histoire retiendra. Ce n'était pas un slogan élaboré par une agence de communication et des conseillers politiques après des jours et des jours de brain storming ; c'est une expression que Nicolas Sarkozy a utilisée comme ça, un jour, pendant une réunion interne politique à la fin de l'été 2006. Mais c'était une expression géniale parce qu'elle encapsulait tout : le « travailler plus », qui exprime le sang, le labeur, la sueur, les larmes, un redressement du pays qui prendra 10 à 15 ans et dont on ne verra les fruits que beaucoup plus tard, pour des électeurs qui se projettent dans le futur et peuvent attendre ; et le « gagner plus », qui incarne la promesse de résultats immédiats pour ceux qui ne peuvent plus. Ce « gagner plus » se matérialisait en outre dans une mesure concrète, la défiscalisation des heures supplémentaires.

Pour se faire élire, il faut donc trouver un équilibre entre le réalisme de l'action publique, le discours raisonnable selon l'expression utilisée par bon nombre d'entre nous déjà, et la nécessité de proposer des perspectives concrètes et immédiates aux Français. Cet équilibre est très difficile à trouver et c'est dans cet interstice entre les propositions raisonnables et les perspectives immédiates, que se glissent soit les solutions simplistes telles que « supprimer les juges » ou « supprimer l'Europe », soit la solution de facilité qui consiste à brandir la menace des extrêmes.

Ensuite il faut présider, ce qui n'est pas simple non plus. Evidemment, nous rêvons tous d'un Président idéal. Edouard Balladur, il y a quelques mois, en a fait le portrait lors d'un discours devant l'Académie des sciences morales et politiques qui a ensuite été publié dans la revue Commentaire. Le Président idéal, c'est celui qui fixe des perspectives et qui laisse le gouvernement les mettre en œuvre. Le Président idéal, c'est celui qui n'a pas peur de s'entourer d'un Premier Ministre solide ayant une forte personnalité, et non pas d'un exécutant servile. Le Président idéal, c'est celui qui gouverne avec un gouvernement resserré alliant maîtrise des dossiers et sens politique et qui sera en contact direct avec l'administration. Le Président idéal, c'est aussi un Président qui se consacre à l'international et à l'Europe en laissant le national au gouvernement.

Le problème de ce portrait idéal est qu'il est une accumulation de contradictions entre les qualités nécessaires pour gagner l'élection et les vertus requises pour bien présider.

Distinguer les perspectives de long terme et la mise en œuvre concrète est artificiel parce que gouverner, c'est anticiper, décider, mais aussi exécuter. Une grande partie des problèmes de notre pays se trouvent d'ailleurs dans les difficultés d'exécution de nos politiques publiques, auxquelles la suppression ou la limitation de l'article 55 de la Constitution, c'est-à-dire de la primauté du droit international et du droit européen sur le droit national, ne changera rien. Est-ce que la suppression de l'article 55 permettrait de recruter plus de professeurs, plus motivés, mieux payés ? Est-ce qu'elle résoudrait le problème de l'abandon des campagnes, la pénurie de médecins ? Est-ce qu'elle soulagerait l'hôpital, la justice ? La réponse est dans la question.

Dans ce pays, nous avons des difficultés d'exécution et le rôle du Président de la République est aussi de résoudre ce problème. Pourquoi l'énergie et l'impulsion présidentielles se perdent-elles du simple fait qu'elles franchissent les grilles de l'Élysée et traversent la Seine pour atteindre Matignon ? C'est ce que j'appelle l'effet « tapis de table », c'est-à-dire que les Présidents arrivent à l'Élysée, ils sont plein d'énergie, ils impulsent des tas de réformes, et, au bout de quelques mois, ils trépigent parce qu'ils ont l'impression que tout leur

dynamisme ne produit aucun résultat. Ils soulèvent alors le tapis de table de leur bureau et ils s'aperçoivent que les fils qui relient le poste de commandement au reste de la machine ont été coupés. Par ailleurs, j'en discutais avec Eric Thiers tout à l'heure, les ministres, les membres de cabinets, l'administration sont comme des tournesols. Ils regardent vers le soleil et le soleil, c'est la Présidence de la République. Tout ce qui n'est pas suivi par la Présidence de la République se perd dans le cimetière de l'action publique.

S'entourer d'un Premier Ministre qui a de la personnalité et ne pas prendre un exécutant servile, c'est très bien sur le papier évidemment, mais c'est penser que l'élection présidentielle conduit à élire Saint François d'Assise, c'est-à-dire quelqu'un qui s'investirait d'une manière extrêmement forte pour se faire élire, en donnant tout de lui-même et en prenant tous les risques, pour ensuite, une fois élu, lâcher une partie de son pouvoir à un autre que lui-même. Nos présidents sont des mâles dominants (on verra comment féminiser l'expression lorsqu'une femme sera élue !), c'est pour cela qu'ils veulent être Président de la République depuis le plus jeune âge et qu'ils y pensent tous les jours en se rasant, et c'est pour cela qu'ils réussissent à être Président de la République. Une fois élus, ils veulent exercer ce pouvoir et il est assez naturel qu'ils tolèrent mal la présence d'un Premier ministre à leur côté qui sera toujours un usurpateur et jamais à leur niveau car c'est le Président qui gagne l'élection, aussi bien présidentielle que législative désormais.

Un gouvernement resserré avec des hommes et des femmes qui ont du sens politique et en même temps une très grande maîtrise des dossiers, c'est aussi très difficile, parce que si vous avez la maîtrise des dossiers, vous dirigez l'administration et ce n'est pas l'administration qui vous dirige, mais malheureusement, souvent, cela va avec une absence de sens politique. Au début, le Président est très content de son gouvernement parce qu'ils ont la maîtrise de dossiers, c'est formidable ; au bout de quelques mois, il trépigne de nouveau parce que les ministres ne vont pas au combat politique ou s'y prennent « comme des manches », et le Président ne se sent pas « protégé ». Cette notion de protection par un cordon sanitaire de ministres qui font de la politique, c'est quelque chose qui revient constamment dans la bouche des Présidents de la République.

Quant à se concentrer sur l'international et les questions européennes, tout en laissant les enjeux nationaux au gouvernement, c'est impossible. Ce n'est pas ce qu'attendent les Français et cela compromet grandement la réélection. Au surplus, peut-on aujourd'hui réellement séparer les sujets ? On se retrouve donc dans une situation où le Président a la charge écrasante d'assumer les responsabilités internationales du chef de l'Etat et le gouvernement concret de la Nation, avec un délai d'action extrêmement court, des attentes considérables qui pèsent sur lui et une exposition médiatique constante.

Extrêmement difficiles à articuler

L'intensité de la campagne électorale présidentielle et les pouvoirs théoriques immenses du Président aboutissent à une situation dans laquelle les attentes projetées sur le Président de la République sont considérables. Comment le Président de la République pourrait-il échouer à « reprendre le contrôle », lui qui a autant de pouvoir, autant de charisme et autant de légitimité ?

La réalité de l'exercice du pouvoir, dont les marges de manœuvre sont beaucoup plus étroites que ce qu'on lui a fait croire et qu'il a bien voulu laisser croire, se rappelle hélas rapidement au souvenir du dirigeant glorieusement et nouvellement élu. Didier Casas a parlé à juste titre d'une « sur-évaluation » de ce que peut faire l'action politique. Ce grand écart entre des campagnes qui promettent tout, fondées sur un très grand volontarisme, et les difficultés – plus que la modestie je pense – de l'action publique produit une élongation immédiate sous forme de déception qui contribue au sentiment que nous avons perdu le contrôle puisque les Présidents ne sont jamais capables de mener leur programme présidentiel.

A cette difficulté s'ajoute également un biais statistique. Le Président, seule incarnation du pouvoir, ayant été élu nécessairement à plus de 50% des voix, les premiers mois de son quinquennat consistent à gérer le retour de son indice de popularité à sa valeur normale, qui est celle du premier tour.

Peut-on éviter cet atterrissage forcé et brutal ? Deux ont essayé. Edouard Balladur, on lui fera crédit de sa cohérence, en 1995, qui s'est refusé pendant sa campagne à toute promesse démagogique. Lionel Jospin en 2002, qui a eu cette phrase admirable : « l'Etat ne peut pas tout ». Aucun n'a été élu, ni même franchi le premier tour. Voilà qui n'est pas encourageant.

De mon expérience auprès de Nicolas Sarkozy, j'ai néanmoins tiré quelques conclusions. Je vous en livre trois.

La première, c'est que le Président de la République doit réfléchir, avant d'être élu, à la manière dont il entend gouverner. Comme le Général de Gaulle, les candidats pensent que l'intendance suivra. Aujourd'hui c'est faux et c'est précisément un des sujets qu'ils ont à traiter. Cette réflexion ne doit pas avoir lieu pendant cette période de deux ou trois mois qu'il serait sain d'introduire, comme aux Etats-Unis, entre la fin du processus électoral et le jour de leur prise de fonctions, et qui contribuerait d'ailleurs à adoucir les conditions de l'atterrissage évoqué ci-dessus. Quand je parle de réfléchir à la gouvernance, je pense à quelque chose de beaucoup plus structurant, une réflexion qui doit s'étendre sur plusieurs années, la construction d'une pensée sur l'Etat, ses rapports avec la société civile, le rôle de la fonction publique,

le fonctionnement du gouvernement, la place des cabinets ministériels. Les candidats devraient aussi réfléchir aux raisons pour lesquelles nos politiques publiques semblent avoir si peu de résultats. Il n'y a évidemment aucune commune mesure entre le gouvernement de la France et celui d'une grande entreprise, mais personne n'envisagerait de nommer à la tête d'un empire industriel un homme ou une femme qui n'a aucune compétence de management, ni même le sentiment qu'il faut en avoir.

Ensuite, je pense qu'il faut ramener les campagnes présidentielles à des engagements plus raisonnables. Une ou deux priorités, un calendrier, une méthode. De toute façon, l'environnement extérieur se chargera d'apporter son lot de difficultés à gérer et d'actualités à traiter. L'accélération des crises multiples que nous traversons depuis quelques années ne permet plus de laisser penser, ni laisser croire qu'il est raisonnablement possible de mettre en œuvre plus d'une ou deux réformes prioritaires.

Fixer des priorités, moins promettre, reconnaître que le Président ne peut pas tout, mais qu'il peut certaines choses à condition de bien présenter ses objectifs et sa méthode, aurait également l'avantage de restaurer la valeur de la parole présidentielle pendant la campagne électorale. C'est une bizarrerie qui a été évoquée tout à l'heure : pourquoi y-a-t-il eu autant de résistances sur la réforme des retraites alors qu'Emmanuel Macron avait été extrêmement clair, pendant sa campagne, sur le fait qu'il ferait cette réforme ? Nous avons eu la même difficulté en 2007 avec le Traité de Lisbonne, qui a été beaucoup reproché à Nicolas Sarkozy alors que ce dernier avait parfaitement indiqué, pendant la campagne, qu'il permettrait à l'Union européenne d'adopter les réformes institutionnelles nécessaires à son fonctionnement par la négociation d'un traité autorisé par les chambres et non par le référendum, quand bien même les Français avaient rejeté peu de temps auparavant le projet de Constitution européenne. J'avais été frappée également sous le quinquennat de François Hollande par l'ampleur des manifestations contre le mariage pour tous alors que la France catholique avait davantage voté pour François Hollande que pour Nicolas Sarkozy. Les candidats promettent de tout faire, de tout changer, leur parole est démonétisée, de telle sorte que plus un seul Français ne croit dans les promesses présidentielles, ce qui crée de grands malentendus lorsque certaines d'entre elles deviennent effectives. Si les candidats avaient une parole plus raisonnée, plus centrée sur quelques axes essentiels, ils seraient davantage crus à défaut d'être parfaitement crédibles, et ils auraient davantage de légitimité pour mener les réformes sur lesquelles ils ont placé leurs priorités.

Je pense enfin que, 65 ans après la création de la Cinquième République, il est temps que notre vie politique devienne adulte et que l'Union européenne soit une fois pour toute perçue comme un prolongement de nous-mêmes et non pas comme une contrainte à accepter à contre-cœur. La souveraineté européenne n'est pas la négation de la souveraineté française, mais son amplification à condition, d'une part, que l'Union se revendique comme puissance et s'en donne les moyens, ce qu'elle commence tout juste à faire, d'autre part, que la France y pèse davantage par une plus grande exemplarité. Cela suppose beaucoup de pédagogie et la recherche d'une articulation et d'une cohérence plus grande entre l'action nationale et l'action européenne pour expliquer que l'une ne s'oppose pas à l'autre, mais qu'elles s'inscrivent dans le même projet politique.

III

**« Reprendre le contrôle » :
une diabolisation du rôle
des juges ?**



Jean-Eric Schoettl

Ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel

Depuis la parution de mon livre (« La démocratie au péril des prétoires »), on me demande souvent : comment un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel peut-il en arriver à dénoncer la toute-puissance du pouvoir juridictionnel ? N'est-ce pas brûler ce qu'on a adoré ?

Je réponds que, bien au contraire, ce livre tente d'exprimer la conviction qui m'a toujours habité, conviction selon laquelle :

- Le juge doit occuper sa juste place dans le jeu démocratique de la séparation des pouvoirs ;
- Il doit exercer tout son office, mais rien que son office ; assumer la plénitude de ses prérogatives, non les outrepasser.

Comment contester que, depuis quelques décennies, la tendance est non à la retenue du juge, de toutes les catégories de juges, mais – qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse – à l'accroissement de son emprise ?

L'extension du contrôle juridictionnel est en grande partie l'œuvre du constituant (par exemple avec l'institution de la « question prioritaire de constitutionnalité »), ainsi que du législateur (par exemple avec le référé libertés). Dans cette mesure, c'est vrai, elle a été largement consentie par le politique et celui-ci n'a à s'en prendre qu'à lui-même s'il trouve ce contrôle étouffant. Mais elle est aussi le fait du juge lui-même.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a décidé en 1971 qu'il contrôlerait la conformité de la loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au Préambule de la Constitution de 1946 et aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Ainsi encore, le Conseil constitutionnel a pris sur lui d'enjoindre au juge du fond, en 1975 (IVG), d'écarter la loi contraire au traité, même lorsqu'elle lui était postérieure.

Ainsi toujours, en 2020, il s'octroie le pouvoir de contrôler, au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis, les ordonnances non ratifiées (lesquelles contribuent aujourd'hui, pour une part substantielle, à la production normative).

Le contrôle des juges nationaux et supranationaux sur les pouvoirs publics s'étend donc en surface. Il s'est également et considérablement étendu en profondeur au titre du principe de proportionnalité ou (s'agissant du Conseil constitutionnel) de l'incompétence négative, ce qui conduit bien souvent le juge à substituer son appréciation à celle du législateur ou de l'administration.

En témoigne l'ordonnance de référé du Conseil d'Etat du 22 juin 2021 sur l'assurance-chômage, à rapprocher du feuilleton « Commune de Grande Synthe » sur les émissions de gaz à effet de serre. Dans la première affaire, il enjoint au gouvernement de ralentir la mise à exécution d'une mesure. Dans la seconde – l'« affaire du siècle » - il lui ordonne de hâter le pas.

Dans les deux cas, le juge détermine le rythme des réformes.

Cette extension du pouvoir du juge, sur le plan des compétences et des méthodes, s'exprime évidemment dans sa jurisprudence. Dans bien des domaines (maintien de l'ordre public, procédure pénale, droit des étrangers par exemple), la jurisprudence des cours suprêmes, nationales et européennes, formate les politiques publiques, si bien que, à l'inverse de ce que suggère le libellé de ce colloque, ce n'est pas le politique qui assujettit le droit, mais le droit qui assujettit le politique. Un droit qui trouve de moins en moins son siège dans la loi et qui a de plus en plus son assise dans le traité et la jurisprudence. Un droit qui s'émancipe de la loi, contraint la loi et évince la loi.

Et donc un juge qui, au travers des plaintes pénales, des référés, des recours constitutionnels et des saisines des cours suprêmes et organes para-juridictionnels nationaux et supranationaux, accroît son emprise sur le politique, à tous les niveaux de gouvernance.

Et donc un juge qui en vient, au moins dans certains domaines importants de l'action publique, à configurer les politiques sans avoir la « focale » des élus et des gouvernants, ni détenir l'expertise des administrations, ni encourir la responsabilité (budgétaire et électorale) des pouvoirs publics issus de l'élection, ni jouir de la légitimité démocratique...

Et donc aussi une justice qui, malgré la diversité des statuts et la disparité des moyens, se pense comme un contre-pouvoir et y puise une forme de satisfaction narcissique.

Donc oui, je pense que la démocratie représentative souffre aujourd'hui de l'hypertrophie du pouvoir juridictionnel, national et supranational, et que nous traversons, depuis un demi-siècle, une crise qui n'est pas sans rappeler celle qu'a connue l'ancien régime avec ses parlements.

L'emprise croissante du juge sur la démocratie revêt deux aspects distincts, quoique non étrangers l'un à l'autre :

- Le droit se construit désormais de plus en plus en dehors de la loi, voire contre elle ;
- La judiciarisation de la vie publique prend des proportions paralysantes.

Ces deux aspects sont liés car ils conduisent tous deux à l'abaissement de la figure du Représentant :

- Le premier en restreignant toujours plus étroitement sa latitude décisionnelle ;
- Le second en faisant du Représentant un perpétuel suspect.

Commençons par le second : l'irruption du pénal dans la politique.

Elle est d'abord imputable à un état d'esprit dont on peut trouver l'origine dans la célèbre harangue qu'Oswald Baudot, substitut à Marseille et membre du Syndicat de la magistrature, adresse en août 1974 à ses collègues débutants : « Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez pencher d'un côté... ».

Ce manichéisme interventionniste imprègne l'idéologie du Syndicat de la magistrature qui, contrairement à ce que dit la presse, n'est pas un syndicat de gauche, mais d'extrême gauche (le syndicat de gauche c'est l'USM) et qui regroupe un tiers des magistrats, ce qui n'est pas rien. Ce manichéisme militant se lit sur « Mur des cons ». Ou dans la « contre-circulaire » que le Syndicat de la magistrature adresse, le 6 juin dernier, à ses ressortissants pour prendre le contre-pied systématique de la dépêche du 23 mars précédent du garde des sceaux relative à la poursuite des violences commises contre les élus et les forces de l'ordre. Là où le ministre de la justice incite les parquets au transfèrement des auteurs d'agressions contre les forces de l'ordre,

la contre-circulaire invite au non transfèrement et encourage, à l'inverse, à poursuivre les agents de l'ordre pour usage « illégitime » de la force publique.

Ce manichéisme se retrouve dans nombre de jugements qui, faisant un usage intempestif de certaines théories juridiques (état de nécessité, voie de fait...), donnent tort au « système ». Je vous renvoie :

- à l'affaire des décrocheurs des portraits du Président de la République à Lyon,
- à l'affaire Vincent Lambert,
- à l'annulation de l'opération Huambushu par le tribunal judiciaire de Mayotte,
- Et, de façon générale, au réflexe conditionné de sévérité envers les réputés « dominants » en matière d'autodéfense et de squats.

Beaucoup de magistrats estiment avoir un rôle rédempteur dans une société marquée par les rapports de domination. Et, au premier rang des dominants, les responsables politiques. Aux yeux de beaucoup de magistrats, les responsables politiques sont a priori suspects de corruption, d'abus de pouvoir et de négligence. Au nom du devoir d'exemplarité, un délit commis par un politique, même en dehors de l'exercice de ses fonctions, est plus grave que celui commis par le malfrat ordinaire. Les poursuites, comme les sentences, expriment cette dissymétrie. Est ainsi réalisé le rêve d'Oswald Baudot : inverser la maxime du fabuliste : « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blancs ou noirs ».

Les affaires Sarkozy (Bétancourt, arbitrage Tapie, sondages de l'Elysée, Bygmalion, financement libyen, écoutes Bismuth avec cette première d'un ex-président de la République condamné à une année de port du bracelet électronique) ne sont pas les seules, loin de là, à voir l'autorité judiciaire faire preuve, à l'encontre des politiques, d'un zèle et d'une sévérité contrastant avec les suites plus accommodantes réservées, même lorsque les faits sont établis, aux agresseurs des élus et des dépositaires de l'autorité publique.

Avec l'affaire des assistants parlementaires de François Fillon, l'autorité judiciaire a plombé une campagne présidentielle en marginalisant le débat sur les enjeux de l'élection. La qualification de détournement de fonds publics est tirée par les cheveux, car l'article 432-15 du code pénal^[1], qui définit le détournement de fonds publics (et fonde les poursuites), ne mentionne pas les élus. Or le code pénal, dans sa partie relative aux manquements au devoir de probité, lorsqu'il veut inclure les élus dans le champ d'une infraction, le dit toujours expressément.

Ainsi encore, le 29 mars 2021, dans l'affaire du Médiateur, le tribunal correctionnel de Paris juge que les activités des parlementaires au sein d'une mission d'information parlementaire ne sont couvertes par aucune immunité, nonobstant l'article 26 de la Constitution[2].

Que le politique méprise le droit est intolérable. Que le droit étouffe le politique ne l'est pas moins.

Ainsi toujours, depuis son entrée en fonctions, l'actuel garde des Sceaux est vilipendé par une bonne partie de la magistrature, que celle-ci s'exprime par la voix de ses syndicats, qui dénoncent, dans sa nomination, une « déclaration de guerre », ou d'une haute hiérarchie judiciaire qui ne craint pas de le morigéner publiquement. Ces mêmes hautes autorités judiciaires pèsent sur le fonctionnement de la Cour de justice de la République (CJR) à tous les stades de la procédure surréaliste engagée contre le ministre de la justice et n'ont pas le réflexe de se déporter.

Il en va de même pour la crise sanitaire : en ouvrant les vannes de la recevabilité des plaintes, puis en perquisitionnant le domicile et le ministère d'Olivier Véran, au moment où celui-ci se battait contre une deuxième vague pandémique, puis en mettant en examen Agnès Buzyn et en plaçant sous statut de témoin assisté Edouard Philippe, les organes compétents de la Cour de justice de la République (Commission des requêtes et Commission d'instruction) laissent la Cour se faire instrumentaliser par la vindicte qui a saisi une partie de la société à l'égard des acteurs publics. S'agissant de la « mise en danger de la vie d'autrui » la Cour de cassation a heureusement dégonflé la baudruche le 20 janvier dernier.

L'opinion publique et les médias ont leur part de responsabilité dans cette dérive. La petite musique du « tous pourris » nous console de nos frustrations de citoyens, de notre rêve déçu de gouvernance efficace, de notre insignifiance politique personnelle.

Vous me direz qu'il arrive au Représentant de s'employer, parfois activement, à son propre abaissement : c'est vrai. Je pense aux scènes désolantes auxquelles nous avons assisté au Palais-Bourbon lors de l'examen de la loi sur les retraites.

[1] Il ne s'applique qu'aux « personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public, aux comptables publics, aux dépositaires publics ou à leurs subordonnés ».

[2] Qui prévoit, de façon générale et claire, qu'« aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ».

On m'objectera également que l'affermissement de la fonction juridictionnelle, s'exerçant sur toutes les catégories d'actes des pouvoirs publics et sur les personnes de nos dirigeants, conduit à davantage de rigueur et de transparence dans le fonctionnement démocratique ; qu'elle nous met à l'abri d'aventures antidémocratiques ou de pulsions populistes...

J'admets parfaitement les deux objections. A telle enseigne que, dans la querelle des retraites, je me suis rangé sans barguigner dans le camp des institutions et non dans celui du populisme. Et j'ai vigoureusement défendu le Conseil constitutionnel.

Pour autant, je persiste et signe : certes, le prince doit désormais rendre compte au juge et le juge n'est plus aux ordres : deux excellentes nouvelles. Mais ces bonnes nouvelles sont ternies par le fait que le caprice du juge a souvent remplacé le caprice du prince. Le juge est indépendant du politique, il faut s'en féliciter. Mais inquiétons-nous aussitôt des questions suivantes :

- Que fait le juge de son indépendance ?
- S'émancipe-t-il aussi de ses préjugés ? de ses passions ? de ses conditionnements idéologiques ? de ses lubies ?
- Le leitmotiv de l'indépendance ne fait-il pas passer par pertes et profits la question de l'impartialité ?

Quand je dis que, trop souvent, le caprice du juge a remplacé le caprice du prince, je ne pose pas ce diagnostic d'un cœur léger. Il y a encore dix ans, je n'aurais pas imaginé faire un tel constat publiquement, ni même dans mon for intérieur.

La critique comporte sa part d'autocritique, qui débouche un examen de conscience. Cet examen consiste à se poser une question cruciale au moment de prendre une décision juridictionnelle ayant un fort impact sur les politiques publiques ou sur les titulaires de fonctions publiques.

Cette question la voici : même lorsque la solution retenue paraît satisfaisante moralement ou philosophiquement, est-ce bien à moi juge, plutôt qu'aux représentants élus de la Nation (ou au gouvernement responsable devant ceux-ci), de l'imposer à la société ?

- Est-ce à moi juge, plutôt qu'aux représentants élus de la Nation, de décider si l'insémination post mortem, c'est-à-dire par emploi des gamètes du mari défunt, doit être ou non possible (CE) ?

- Ou si le changement de genre doit être enregistré par l'état-civil à la seule demande de l'intéressé et sans production d'un certificat médical (CEDH) ?
- Ou si le regroupement familial des étrangers est de droit (CC) ?
- Ou si la présomption de minorité d'un étranger doit persister, en cas de doute, même en cas de refus par l'intéressé de se prêter à la mesure de son âge osseux (CEDH et CC) ?
- Ou si l'accès à l'université doit être gratuit et ne peut faire l'objet que de droits d'inscription modiques (CC) ?
- Ou si la faculté de garder le silence doit être notifiée à la personne gardée à vue (CC) ?
- Ou si les drones utilisés par la police lors de manifestations peuvent ou non permettre d'identifier les auteurs de trouble (CC) ?
- Ou si la CSG peut ou non être progressive (CC) ?
- Ou si des interdictions spatio-temporelles de pêche doivent être ordonnées pour éviter la capture non intentionnelle de petits cétacés ?

Sur tous ces sujets, la norme a été fixée non par le législateur, mais par une cour suprême, nationale ou supranationale.

Autre question : le juge n'a-t-il pas été habité par une vision de l'Etat de droit qui, par réaction contre la séculaire raison d'Etat, ne veut plus entendre que les raisons d'Antigone et récuse celles de Créon ? Oubliant, comme le disait Albert Camus, qu'« Antigone a raison, mais Créon n'a pas tort » ?

Plus généralement : quelle est la part du conformisme, de l'idéologie, du préjugé et de l'hubris, dans la position du juge ?

Ce que j'essaie d'expliquer dans mon livre tient aux constats suivants :

Primo : des prérogatives considérables ont été conférées aux différentes juridictions depuis une cinquantaine d'années et tout est devenu justiciable ;

Secundo : les dispositions supra-législatives dans lesquelles le juge va chercher l'énoncé d'un droit font l'objet de formulations le plus souvent vagues. Sa jurisprudence déterminera donc à la fois les implications véritables et la force contraignante de l'énoncé constitutionnel ou conventionnel en cause. La preuve par la valeur soudainement normative accordée par le Conseil constitutionnel au principe de fraternité ;

Tertio : ces pouvoirs considérables sont exercés par un corps distinct du Représentant, un corps qui applique des critères propres, qui ont leur validité, mais qui sont plus étroits que ceux que met en œuvre le Représentant, un corps qui applique des critères propres, qui ont leur validité, mais qui sont plus étroits que ceux que met en œuvre le Représentant lorsqu'il tente de formuler la volonté générale ; un corps qui a sa sociologie propre et sa propre vision du monde ;

Quarto : à la différence des autres pouvoirs, les juges ne sont responsables devant personne. Personne ne peut leur demander des comptes pour leur façon de juger.

La combinaison de ces quatre facteurs fait peser sur la démocratie un risque potentiel : celui que des politiques publiques, parfois cruciales, soient déterminées en dehors de la délibération démocratique et sans prendre en compte les intérêts supérieurs de la Nation. Il serait miraculeux que ce risque potentiel ne se réalise pas. De fait, il se réalise.

Il se réalise assez souvent pour concourir à la défiance de nos concitoyens à l'égard des institutions.

Il se réalise assez souvent pour inhiber les responsables publics, qu'ils soient élus ou fonctionnaires. La peur de la censure ou de la condamnation peut alors l'emporter sur la recherche de la meilleure décision du point de vue de l'intérêt général.

De ce qui précède, qui tient du constat et non du jugement de valeur, je tire l'idée qu'il faut, dans un pays comme la France, « recalculer » le système institutionnel.

Il n'est pas question de jeter par-dessus bord la protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux. Je ne me fais par ailleurs aucune illusion sur la faisabilité des remèdes de cheval que je propose à la fin de mon livre.

Mais puisse au moins des alertes comme celle que je lance inciter au débat sur ce que devrait être une séparation des pouvoirs moderne.

Une séparation des pouvoirs qui atténuerait l'excessif (mais explicable) retour de balancier qu'on observe aujourd'hui par rapport à ce que fut l'abaissement de la fonction juridictionnelle au début de la Vème République.



Laurent Vallée

Secrétaire général de Carrefour

Membre du Club des juristes

Ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel

La thèse de Jean-Eric Schoettl est provocante dans tous les sens du terme : stimulante, hardie, et même un peu querelleuse.

La thèse d'une extension du pouvoir juridictionnel n'est pas propre à la France et paraît indiscutable. C'est sans doute l'un des phénomènes les plus significatifs au sein des démocraties depuis la fin du XX^{ème} siècle. La multiplication du nombre et des types de juridictions, nationales et internationales, la convergence globale des normes supérieures listées dans des catalogues de droits de plus en plus solidement établis, le pouvoir correspondant des juges d'apprécier la constitutionnalité des lois et, parfois, de les censurer, l'intensité croissante de leur contrôle sur les règlements, les régulations, les politiques publiques et même l'action politique sont incontestables.

Dotés de pouvoirs de contrôle étendus et constitutionnellement ancrés, les juges se sont emparés d'un nouveau pouvoir institutionnel qui s'explique aussi – ou est consolidé – par des évolutions démographiques, sociologiques et économiques. La simple hausse du volume des interactions humaines et des transactions économiques a conduit à une croissance exponentielle du nombre de normes et, par suite, du pouvoir des juges. Avec la globalisation s'est développé un complexe legalo-juridictionnel inédit. Plus de tribunaux avec plus de pouvoirs pour juger un ensemble justiciable plus vaste et plus complexe : cette évolution est incontestable.

Cette expansion du pouvoir juridictionnel suscite critiques et résistances. La nature contre-majoritaire de ce pouvoir, son caractère peu démocratique, la supériorité du droit écrit sur la jurisprudence, la nécessité d'en revenir à des décisions prises par la souveraineté nationale sont mobilisés. Pour désigner à la fois l'ennemi et ce qui serait une usurpation de pouvoir à grande échelle sont utilisées les formules les plus frappantes : judicialisation de la politique, législateurs en robe, aristocratie judiciaire et, bien sûr, l'expression centenaire « gouvernement des juges ».

À une période de croissance devrait succéder, pour le bien démocratique, une phase de récession juridictionnelle.

Le débat serait ainsi à la fois classique et renouvelé. Débat classique : il n'est pas nouveau de dénoncer les progrès des pouvoirs des juges, en particulier ceux des cours constitutionnelles ou suprêmes, comme constituant un dommage à la pureté de la démocratie électorale. Des questions essentielles seraient tranchées ailleurs qu'entre les mains des représentants ou sont objets d'un veto, à tout le moins d'un filtre, d'institutions ni élues ni responsables. Nous ne pouvons l'admettre qu'au nom d'une protection des droits fondamentaux et d'une prévention des excès des deux autres pouvoirs, justifiée en particulier par la crainte d'une domination excessive de la majorité. Débat renouvelé : par l'effet des causes qui viennent d'être rappelées, les juges se seraient arrogés un contrôle trop large et de fond sur la politique générale des gouvernements. Il s'agirait désormais d'une atteinte réelle à la souveraineté nationale et non plus seulement d'un écrêtement limité.

Il faut s'arrêter d'abord sur les termes employés dans ce débat. Si les expressions reprochant aux juges un exercice abusif de leurs pouvoirs ou leur activisme conservent une redoutable efficacité politique, celle-ci contraste avec la réalité juridique de leur contenu. C'est en particulier le cas de l'expression « Gouvernement des juges ». Son apparente évidence permet de jeter le discrédit sur des jugements ou, au contraire, d'en justifier d'autres par le renoncement raisonnable du juge à exercer son pouvoir usurpateur. Pour autant, il paraît inutile aujourd'hui de débattre sur le rôle créatif, normatif et politique du juge. Notre hôte Denys de Béchillon l'a parfaitement expliqué [3] : « tout acte de juger, qu'il soit interprétatif ou plus franchement « légiférant », est toujours et fondamentalement un acte politique, violent, et pour partie auto-institutif ». Mme la professeure Wanda Mastor le dit autrement : « il serait temps de ne plus utiliser une formule qui alimente des discours politiques peu compatibles avec l'idée républicaine et ne fait pas honneur aux débats scientifiques ».[4]

Il en est de même des termes d'activisme judiciaire ou, à l'opposé, de retenue et de modération qui veulent traduire le « self-restraint » anglo-saxon. On ne reproche leur « activisme » aux juges que lorsqu'ils sont « libéraux ». En ce cas seulement on critique des constructions jurisprudentielles fondées sur des droits qui n'auraient d'autre fondement que leurs préférences personnelles. Rare est le reproche d'activisme lorsque le juge statue dans un sens « conservateur ». L'activisme serait asymétrique. Or, en vérité, la frontière entre activisme et retenue est aussi mince que celle qui sépare le conflit de normes de l'interprétation conforme : tout est question de perspective et de volonté. La décision *French Data Network* du Conseil d'État du 21 avril 2021[5] relative à

[3] D. de Béchillon, « Le Gouvernement des juges : une question à dissoudre », D. 2002.973.

[4] W. Mastor, « Énième retour sur la critique du « gouvernement des juges » », *Pouvoirs* n°178, 2021, p. 49.

[5] CE ass., 21 avril 2021, n°393099 et autres, *French Data Network* et autres, Rec. avec les concl. A. Lallet.

l'obligation de conservation des données de connexion peut tout autant être regardée comme caractéristique d'un activisme – par ceux qui dénoncent le contrôle de l'applicabilité du droit de l'Union européenne – que de retenue – par ses soutiens qui louent son équilibre.

Utiliser ce vocabulaire et prendre appui sur des décisions juridictionnelles sélectionnées tend à biaiser l'analyse. La question est moins de savoir si le juge va parfois trop loin – sans qu'on sache toujours de quelle limite on parle – que de déterminer si le gouvernement et le législateur sont effectivement soumis à des contraintes telles que la souveraineté nationale devrait abdiquer devant les juges. Or, en France, les questions de politiques publiques les plus essentielles, sensibles ou controversées continuent d'être résolues dans l'arène politique et non dans les prétoires. Prenons, à titre d'exemple, le programme annoncé par l'actuel Président de la République pendant sa campagne : investissements dans les armées et refondation du pacte armée-nation, atteinte d'une plus grande indépendance énergétique, réforme sur le retour à l'emploi et la transformation de pôle emploi, réforme du RSA, élévation de l'âge de la retraite, évolution des établissements scolaires et universitaires, simplification des prestations sociales, renforcement de la politique de prévention en matière de santé ... aucune de ces politiques et rien dans leur mise en œuvre n'apparaît bloqué, retardé ou diminué par les juridictions. Les difficultés d'exécution des orientations politiques retenues par le Gouvernement ont d'autres causes que l'encadrement juridique et l'activité juridictionnelle.

La menace des juges se concentrerait néanmoins sur la matière régaliennne. Notre capacité de répondre aux menaces modernes et notre liberté d'organisation en matière de sécurité seraient entravées par les normes supérieures à la loi et leur application par les juridictions. Tout est ici question d'appréciation et celle-ci impliquerait davantage d'expertise sur certaines questions spécifiques de sécurité. Pour autant, deux séries d'observations permettent de tempérer l'idée d'un désarmement de l'Etat.

En premier lieu, si l'on examine la jurisprudence constitutionnelle entre 2015 – cette année étant retenue comme pertinente dès lors qu'elle a été à la fois celle de l'intervention de la décision sur la loi Renseignement[6] et de la tragédie de novembre – et aujourd'hui, avec la dernière décision du Conseil constitutionnel relative à la loi relative aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024[7], il ne paraît pas possible d'affirmer que celui-ci aurait empêché la mise en œuvre des moyens nécessaires à l'Etat pour garantir la sécurité. Techniques de renseignement, mesures de surveillance et de restriction de déplacement applicables à des personnes particulièrement menaçantes, dispositifs permettant de prendre des mesures en amont de manifestations,

[6] Décision n°2021-822 DC Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au Renseignement.

[7] Décision n°2023-850 DC du 17 mai 2023.

extension de la video-protection ... le Conseil constitutionnel a jugé conformes à plupart des dispositions qui assurent la liberté qui, comme la définit Montesquieu, « est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté »[8]. A-t-il exercé son office avec trop de pointillisme ou d'exigence dans son contrôle de proportionnalité ? C'est affaire de juriste. Aboutit-on à une méconnaissance des exigences opérationnelles qui désarmerait le pouvoir ? Les professionnels de l'ordre public le feront valoir sur telle ou telle mesure. Mais il est difficile de conclure que le Conseil constitutionnel est allé au-delà de ce qui est nécessaire à la coexistence des libertés en n'autorisant pas les outils nécessaires à réprimer le répréhensible.

En second lieu, les questions de sécurité sont de plus en plus liées à l'évolution des technologies, depuis les métadonnées et les messageries cryptées jusqu'aux drones en passant par les techniques algorithmiques. Au regard de la complexité des enjeux, de la découverte progressive de l'utilité et de l'impact de ces techniques, il ne paraît pas choquant qu'on tâtonne, que le processus soit itératif et qu'il y ait un dialogue entre les différents pouvoirs. Les drones en sont un exemple caractéristique : une ordonnance de juge des référés[9], une décision au fond[10] du Conseil d'État puis un avis de la Section de l'intérieur[11] qui appellent le législateur à intervenir, ce qu'il fait même s'il doit s'y reprendre à deux fois en raison d'une première censure du Conseil constitutionnel[12].

Que ce dernier ait été trop vétilleux ou non, il est certain, d'une part, que le législateur avait été prévenu et qu'il a insuffisamment tenu compte de l'avis de la Section de l'intérieur en étendant l'utilisation de la technique à toutes les infractions, en ne limitant pas sa durée ni son périmètre. D'autre part, les forces de sécurité ont de nombreux mécanismes à leur disposition : caméras individuelles, caméras installées sur des aéronefs, caméras embarquées, vidéoprotection, captation d'image réservée à la criminalité organisée, vidéosurveillance des lieux publics ... Au fond c'est peut-être moins le contrôle du juge qui réduit leur efficacité que la difficulté de saisir la complexité de ces différents régimes issues de lois répétitives qui les soumettent à des règles différentes[13].

Au total, il est difficile de se convaincre que le barycentre du pouvoir s'est déplacé à tel point qu'on puisse parler d'une suprématie judiciaire. Les questions qui divisent la politique et la société française demeurent tranchées par les pouvoirs exécutif et législatif. Admettons néanmoins, pour faire

[8] De l'esprit des lois, XI, 6.

[9] CE, ord., 18 mai 2020 n°440442 La Quadrature du net, Ligue des droits de l'homme.

[10] CE 22 décembre 2020, n°446155, Association La Quadrature du Net, Rec.

[11] Avis CE Section de l'intérieur n°401214.

[12] CC 20 mai 2021 n°2021-817 DC Loi Sécurité globale ; CC 20 janvier 2022 Responsabilité pénale et sécurité intérieure.

[13] cf. E. Vergès « La preuve par l'image : symptôme d'un mal aigu », RSC 2023 p. 150.

l'exercice, que le dommage causé par les juridictions à la souveraineté nationale soit tel qu'il justifie une intervention. Reconnaissons un moment la réalité d'un pouvoir juridictionnel qui serait préjudiciable au bon fonctionnement des pouvoirs publics. Les voies de correction ne sont guère aisées. On peut identifier trois familles de solutions envisageables.

La première famille regroupe les solutions les plus radicales qui relèvent de la suppression ou de la sécession : abroger la QPC, dénoncer les traités ... en clair claquer la porte des enceintes qui fixent des règles trop rigides ou qui imposent des limitations trop importantes aux choix politiques nationaux. Cette voie suscite toutefois deux types d'interrogations. La première est que le fléchissement des garanties juridiques conçues pour encadrer l'action de l'exécutif n'est pas une garantie de son efficacité. La seconde interrogation tient à ce que l'on sait désormais que les coûts politique, économique, et même juridique d'un opt out peuvent être disproportionnés au regard de la contrainte subie.

La deuxième famille de solutions consiste à affaiblir le contrôle du juge, en particulier celui qu'il exerce sur la loi, au regard des normes supérieures. Plusieurs formules sont évoquées. Il serait possible de réduire sa capacité de censurer ou d'écarter l'œuvre du législateur en s'inspirant de la déclaration d'incompatibilité anglaise qui n'affecte pas le texte mais permet le déclenchement d'une procédure législative accélérée pour remédier au défaut constaté. En Nouvelle-Zélande, le contrôle juridictionnel est encore inférieur : les tribunaux ne peuvent refuser d'appliquer la loi en cas de méconnaissance des droits fondamentaux. Lorsqu'un conflit de normes apparaît le juge doit s'efforcer de procéder à une interprétation conforme qui, alors, s'impose[14]. Une position intermédiaire est celle du Canada où le législateur peut utiliser la clause « nonobstant »[15] qui lui permet de protéger temporairement une disposition incompatible avec les droits et libertés constitutionnels. Dans le même sens, mais cette fois ex post, on pourrait imaginer que le Parlement maintienne, à la majorité qualifiée, une disposition législative censurée par le juge constitutionnel. Toutes ces solutions relèvent du Constituant. Neutraliser le contrôle de constitutionnalité moins de quinze ans après l'entrée en vigueur de la QPC dans un pays qui a tardé à instituer pleinement le contrôle de constitutionnalité ne serait néanmoins pas un bon signe politique et juridique. En outre, il s'agirait d'une réponse décalée au regard du problème posé : nous sommes prêts à avoir un juge musclé. On voudrait seulement qu'il donne moins de coups ou qu'il les ajuste mieux.

[14] New Zealand Bill of Rights Act 1990, section 4 et section 6.

[15] "Notwithstanding": Canadian Charter of Rights and Freedoms, section 33.

La troisième famille de solutions rassemble les notions qui permettent de redonner une marge au local et de créer des poches sélectives de dérogations. Certaines d'entre elles existent déjà et on retrouve dans cette catégorie, dans des champs juridiques différents, les notions de marge d'appréciation, de subsidiarité, d'identité constitutionnelle, d'intérêts fondamentaux de la Nation. Ces options ont cependant un point commun : elles laissent subsister le contrôle du juge. Elles le renforcent même sans doute tant ces notions sont plastiques et se prêtent puissamment à l'exercice du pouvoir d'interprétation du juge, et même des juges, car bien souvent elles devront être appliquées à un même objet par le juge national et une cour internationale, laissant la place à une discussion redoutable entre les juridictions.

De ce cheminement je déduis donc qu'on n'est pas entrés dans l'ère judiciaire qui inquiète tant et qu'intervenir pour réduire le pouvoir des juridictions n'a, en tout état de cause, rien de simple. Jean-Eric Schoettl défend l'idée que le rôle croissant du juge dans son exercice de contrôle des pouvoirs exécutif et législatif échoue à apporter des résultats supérieurs en termes de qualité de gouvernement. Ses opposants continueront d'insister sur le rôle souhaitable et utile du juge pour prévenir les dérives des institutions élues. Après tout, la légitimité simultanée des deux positions est équivalente. Le retour au premier plan du débat démontre peut-être que le pouvoir du juge est inversement proportionnel à la netteté des frontières entre les pouvoirs. Le juge a un pouvoir plus grand lorsque les pouvoirs sont moins distinctement séparés. C'est aussi une explication du rôle croissant du juge. Il n'y a plus de version canonique, unique, de la séparation des pouvoirs. Elle est autant un principe qu'une pratique qui reflète les nécessités, les idées, l'habileté et les luttes politiques du moment. Elle est affaire de négociation et est portée devant l'opinion. Si les juges imaginent qu'ils peuvent sauver leur pays d'excès démocratiques qu'ils sont seuls à percevoir, ils mettent en péril leur propre légitimité sans pour autant influencer réellement sur le résultat du débat politique. Les forces de rappel existent. Le livre de Jean-Eric, les débats auxquels il donne lieu et le colloque d'aujourd'hui en font partie.

Revenons, pour terminer, à l'intitulé de la question posée : une diabolisation du rôle des juges ? La politique contre le droit ? La vision politique du juge est une licorne, une créature imaginaire sur laquelle on écrit des fables. On les idéalise. Elles sont parfaites. On écrit des fables sur elles. On les chasse. Le seul problème c'est qu'elles n'existent pas. Elles n'ont jamais existé. Elles sont l'image rêvée du rhinocéros, l'animal à corne unique idéalisé par l'imagination médiévale. Le juge est un rhinocéros. Il est parfois lent, trapu, surprenant à regarder et difficile à aimer. Mais il est réel. Il existe. Et il est redoutable.



Wanda Mastor

Professeure à l'Université de Toulouse Capitole

DES JUGES QUI GOUVERNENT ? UNE COMPARAISON FRANCE / ÉTATS-UNIS

Denys de Béchillon, pour un colloque à l'intitulé quelque peu provocateur, m'a demandé de traiter une question qu'il appelait pourtant à « dissoudre » dans un écrit de 2002[16]. Sans doute inconsciemment pour l'agacer, j'ai moi-même publié un plaidoyer pour le gouvernement des juges[17] avant, non de faire un mea culpa, mais de tirer les conséquences d'une plus grande expérience du droit américain[18].

Je commence par rappeler une donnée méthodologique évidente pour les comparatistes, famille d'anciens incompris soudainement devenus aussi populaires que les influenceurs : le regard comparatiste, tout indispensable qu'il est, doit demeurer humble. Tout n'est pas comparable et encore moins transposable. S'il y a bien une expression dont il faut se méfier, surtout lorsqu'on veut la faire voyager, c'est celle du gouvernement des juges. D'une expression doctrinale née de l'observation d'un système parfaitement étranger au nôtre, « le gouvernement des juges » s'est mué en slogan chéri des sceptiques et autres « anti-tout ».

Réfléchir sur le gouvernement des juges, en France et aux États-Unis, se fonde sur des postulats théoriques, des cadres institutionnels, des contextes culturels, radicalement différents. Abolition de la peine de mort, dépénalisation de l'avortement, dépénalisation de l'homosexualité, mariage entre personnes du même sexe sont autant de libertés offertes, en France, par le législateur. C'est la République qui a permis aux individus d'embrasser ces « grandes » libertés. Aux États-Unis, c'est, non la justice, mais les neuf juges de la Cour suprême fédérale qui les ont offertes, parfois retirées comme dans le cas

[16] Denys de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », Recueil Dalloz, n° 12, 2002, p. 973.

[17] « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in Stéphane Mouton, Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle, LGDJ, 2016, pp. 63-74.

[18] Dont cette contribution est en partie reprise : « Énième retour sur la critique du gouvernement des juges. Pour en finir avec le mythe », Pouvoirs, La justice, regards critiques, n° 178, p. 37-50.

de l'avortement, exception faite de la première mais dont les contours sont largement définis aelle. Notre loi du 15 janvier 1975 est « leur » décision Roe v. Wade de 1973 ; celle du 17 mai 2013 « leur » Obergefell v. Hodges de 2015. Les exemples pour la France ne peuvent néanmoins pas être étirés à l'infini, encore moins ces dernières années et ce n'est sans doute pas François Sureau qui me contredira.

Surtout, ce parallélisme, qui est ici utile pour la démonstration, ne saurait me muer en légicentriste ou passionaria de la représentation nationale : exprimer de temps à autre mes réserves face à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, ne m'empêche de continuer, dans le même temps, à défendre avec ardeur les vertus de la justice constitutionnelle. Elle demeure une sentinelle préventive et parfois salvatrice. Bien évidemment, tant le Parlement que le juge peuvent être aussi les artisans de la privation de nos libertés ; mais l'américaniste est sceptique quand il est question de hurler au gouvernement des juges en France.

Il convient ici de démontrer, non seulement l'absence de pertinence de la comparaison, mais aussi le fait que le gouvernement des juges n'est pas plus accepté aux États-Unis qu'il ne l'est en France[19]. Comme il n'y est pas non plus une évidence, un produit de l'histoire, une fatalité. Y compris depuis que la Cour suprême est revenue sur la protection fédérale du droit à l'avortement. Le gouvernement des juges a en réalité toujours été une menace, dans les deux systèmes, dont j'observerai tout d'abord les fondements politiques, puis les critiques juridiques, avant de conclure sur le regain politico-juridique. Menace réelle aux États-Unis qui, en France, ne dépasse cependant pas le stade du fantasme.

Le fondement politique de la menace

Par « politique », j'entends le jeu démocratique. On peut parfois lire ou entendre l'idée suivante : en résumé, le gouvernement des juges serait plus acceptable aux États-Unis en vertu de la place qui y est accordée au peuple et notamment de son pouvoir d'élire certains juges. Par conséquent, puisque les juges sont élus, ils seraient logiquement légitimes à gouverner. Or il n'en est rien.

En France, c'est à nos représentants que nous abandonnons notre parcelle de souveraineté. Pouvoir premier et ultime dans une démocratie qu'à aucun moment, nous n'offrons au juge, lequel décide « au nom du peuple français ». Mais l'action concrète de ce moment à la fois terrible -le mandat n'étant pas

[19] Tout comme -les deux sont liés- il est faux de continuer à affirmer que la Constitution est vénérée sans nuance aux États-Unis. Voir notre article à paraître, Mathieu Carpentier et Wanda Mastor, « Vénérer la constitution », Pouvoirs, n° 187, La constitution, novembre 2023, p. 89-100.

impératif- et merveilleux -nous sommes les souverains- où nous transférons par le vote la souveraineté de nos mains à celles de nos représentants, n'existe pas dans le processus de désignation des juges. Il est donc tout à la fois logique et cohérent que ce soient nos élus, et non les juges, qui nous gouvernent.

Aux États-Unis, où deux pouvoirs judiciaires coexistent en raison de leur forme fédérale, le raisonnement diffère selon le système observé. Au sein des trois-quarts des États fédérés où les juges sont élus, l'idée démocratique gravée en tête de la Constitution, *We, the People*, est poussée aux extrêmes de son essence. Le peuple est souverain notamment parce qu'il désigne, mais aussi destitue ses élus, y compris ses juges qui ne respecteraient pas le contrat initial. La souveraineté n'est pas abandonnée ; elle n'est que transférée pour des exigences de gouvernement pratique mais le caractère impératif des mandats vient sans cesse rappeler la puissance des trois mots ouvrant la Constitution. L'analyse est évidemment différente au niveau de la justice fédérale. Même si la nomination des juges suit parfois une logique de miroir sociologique du peuple incarné, la justice n'est plus l'émanation directe du peuple et décide d'ailleurs en son nom propre. Pour le dire autrement, les juges expriment leurs propres opinions, votent en leur nom personnel. C'est la première raison pour laquelle la critique du gouvernement des juges, outre-Atlantique, s'adresse aux membres de la Cour suprême des États-Unis. Les autres sont d'ordre conjoncturel et ont jailli pendant des périodes dites d' « activisme » de la Cour, notamment celle du *New Deal*. On ne compte pas le nombre d'opinions dissidentes qui ont dénoncé une majorité outrepassant sa mission, à l'image du juge Harlan sous l'arrêt *Standard Oil*, dès la fin du XIXe siècle : « Les juges n'ont pas à s'enquérir de la sagesse et de la valeur politique d'un acte du Congrès. Leur devoir est de reconnaître la volonté du législateur et, quand le statut contenant l'expression de cette volonté est constitutionnel, les cours doivent la respecter »[20].

La critique juridique de la menace

En réalité, et contrairement à une idée falsifiée, le gouvernement des juges n'est pas plus dénoncé en France qu'il ne l'est aux États-Unis. On peut parfois avoir tendance à considérer que l'hypertrophie du pouvoir judiciaire est une évidence outre-Atlantique, et que, de ce fait, elle serait plus ou moins acceptée ; or il n'en est rien, des prémises de l'État à l'actualité.

Si, en France, c'est bien l'ouvrage d'Édouard Lambert[21] qui va donner au gouvernement des juges des allures de spectres, la paternité de l'expression,

[20] *Standard Oil v. United States*, 221 US 75 (1897).

[21] Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

tout comme sa réalité, sont américaines. Pour mieux saisir la peur, quasi irrationnelle, qui agite encore certains commentateurs français, il faut relire attentivement Lambert et commencer par se souvenir que Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis est, avant tout, l'expression d'une profonde aversion, non pour le contrôle de constitutionnalité en général mais pour le Judicial Review en particulier.

C'est dans le contexte du débat sur le contrôle de constitutionnalité des lois sous la IIIe République que son ouvrage s'inscrit. Il y critique le Judicial Review et les auteurs français séduits par lui (Beauregard, Benoist, Jèze, Hauriou, Jalabert, Saleilles et Theller) tandis que Larnaude, Duguit et Esmein sont salués pour ne pas céder à la contagion[22].

La dénonciation de la puissance judiciaire –celle-là même qui avait, en quelque sorte, fasciné Tocqueville et Laboulaye avant lui- est vigoureuse, et s'adresse surtout aux juristes français séduits par lui. C'est vers eux que le propos de Lambert est dirigé, les alertant sur les multiples dangers que ferait naître une tentative de transposition : celle-ci pourrait fournir « le robuste corset de fer qu'ils estiment indispensable pour renforcer les cadres chancelants et crevassés de notre organisation sociale et y refouler les forces indisciplinées, déchaînées par les contrecoups de la guerre, qui tendent à les déborder et les faire éclater »[23].

Lambert analyse le système américain assez finement dans le but d'effrayer son lecteur. Mais la mise en garde, à cette époque, ne fut pas que française. Elle était aussi américaine, et il serait une erreur de croire que l'accueil de l'arrêt *Marbury v. Madison*[24] fut majoritairement positif.

La paternité de l'expression revient à Louis Boudin qui publie en 1911 un article intitulé « Government by judiciary »[25], qui désignera plus tard un ouvrage[26]. Le livre développe des arguments classiques à l'égard de ce troisième pouvoir, qui, du stade de la quasi nullité pour les Founding Fathers citant Montesquieu dans *The Federalist Papers*, est passé à celui de pouvoir dominant.

[22] Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 14.

[23] *Ibid.*, p. 222.

[24] 5 US (1 Cranch) 137 (1803). Voir Élisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, n°1, p. 1-28 ; Élisabeth Zoller et Wanda Mastor, *Droit constitutionnel*, PUF, collection droit fondamental, 2021, pp. 113-133 ; Idris Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017, spécialement le chapitre préliminaire, *Les fondements de la difficulté contre-majoritaire : Marbury v. Madison*, et le mythe de l'usurpation, p. 54-130.

[25] Louis Boudin, « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, vol. 26 (1911), p. 238-270.

[26] Louis Boudin, *Government by Judiciary*, Boston, Ginn & Company, 1911. Puis, quelques années plus tard, en deux volumes, Louis Boudin, *Government by Judiciary*, 2 vol., New York, W. Godwin, 1932.

Un autre texte est révélateur de la tendance critique envers l'hypertrophie du pouvoir judiciaire. Il s'agit d'un discours prononcé à New York le 27 janvier 1914 par Walter Clark, Chief Justice de la Cour suprême de la Caroline du Nord. Intitulé « Government by Judges », le discours commence par rappeler que c'est par un obiter dictum de l'arrêt Marbury v. Madison que la Cour suprême s'est offert « une prépondérance écrasante », « sans qu'aucune ligne de la Constitution ne l'y autorise ». La suite du discours est un vrai brûlot. Le juge Clark fait des propositions de réformes, lesquelles ne sont pas sans rappeler celles faites en ce moment même aux Etats-Unis. Il clôture son discours par une image biblique : « À mes frères juges (...), je citerai l'exemple des dix vierges dont la Sagesse suprême a dit : "Et cinq d'entre elles étaient sages et cinq d'entre elles ne l'étaient pas." »

Combiné à l'ouvrage de Lambert, qui pose sur ce dernier un regard étranger, ce discours relève d'une part toute l'ambiguïté de Marbury, autant « grand » arrêt que décision obscure ; et permet, d'autre part, de mettre en relief l'impossible transposition au système français. Aucun élément, dans le débat américain sur le gouvernement des juges, ne peut être « greffé » en France. Que l'on se place sur le terrain du mode de désignation des juges, des procédures, sans oublier, peut-être avant tout, le prisme par lequel toute l'histoire des États-Unis peut se raconter : le fédéralisme.

Regain politico-juridique de la menace

La dénonciation du gouvernement des juges, une fois transposée en France, a totalement dilué la critique première qui désignait une réalité américaine. Elle a été détournée, instrumentalisée par une certaine théorie qui refusait, et refuse encore la part créative du juge. De même qu'elle alimente aujourd'hui les discours populistes qui tentent par tous les moyens de discréditer la justice. Critiquer le gouvernement du juge en France est l'aveu d'une faiblesse. Celle de ceux qui, ne pouvant prouver que le discours du juge est l'expression d'une vérité, s'attaquent aux résultats qu'ils qualifient de « politiques ». Ce faisant, ils alimentent la peur qu'ils entendaient combattre : dire que les juges « gouvernent », c'est quitter le terrain des arguments juridiques pour rejoindre le ring idéologique.

Aujourd'hui, agiter le spectre permet de dénoncer une justice « illégitime » qui déposséderait le peuple de sa souveraineté. Force est de constater que les discours populistes des extrêmes, méprisés par les intellectuels, rejoignent pourtant bien certains de ces derniers, comme Denys de Béchillon s'attache à le démontrer[27]. Populistes et néosouverainistes ont bien en commun cette

[27] Denys de Béchillon, « La Ve République résisterait-elle aux populismes ? », revue Commentaire, 2020/2 (Numéro 170), pp. 277-280 et Id., « Le néosouverainisme, cet aveuglement idéologique », L'Express du 10 décembre 2020, p. 68.

dénonciation, qui constitue un terreau dangereux jeté sur une terre de crise. Et si la chose n'était pas aussi grave, elle pourrait faire sourire : les mêmes personnes, qu'il s'agisse de la classe politique, ou, plus problématique, du milieu universitaire, ont un lien à la critique du Conseil constitutionnel à géométrie variable. Tantôt il est excommunié pour oser s'aventurer sur des terres audacieuses (et dans ce cas, on hurle volontiers au gouvernement des juges) tantôt il est présenté comme le Deus ex Machina, la malheureuse métaphore des neuf Sages reprenant alors du galon.

Si le Conseil constitutionnel avait déclaré que le rallongement de l'âge de départ à la retraite était contraire à la Constitution, certains commentateurs –peut-être les mêmes que ceux qui le vilipendent aujourd'hui pour ne pas l'avoir fait- aurait brandi le spectre. Ils ont énoncé avec assurance et fermeté pendant que les juges délibéraient que ces derniers ne pouvaient pas faire « autrement » que censurer la loi. C'est au passage formellement menaçant, et substantiellement inquiétant.

Surtout, cette histoire nous rappelle qu'au sein de notre démocratie représentative, ce n'est pas le Conseil constitutionnel qui détient le dernier mot. « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » : cet article 3 de la Constitution nous appartient ; les parlementaires peuvent notamment prendre l'initiative d'un nouveau référendum appuyé par le peuple. Et il sera demandé au Conseil constitutionnel de juger et non d'arbitrer les impuissances politiques éventuelles.

On pourrait penser que la très commentée décision de la Cour suprême américaine sur l'avortement a ravivé le gouvernement des juges. Or il n'en est rien, quel que soit le point de vue que l'on adopte sur la décision. La décision *Dobbs, State Health officer of the Mississippi department of health et al. V. Jackson Women's health organization et al* rendue le 24 juin 2022[28] est sans ambiguïté: « La Constitution ne confère pas de droit à l'avortement ; *Roe* et *Casey* sont annulés ; et le pouvoir de réglementer l'avortement est rendu au peuple et à ses représentants élus ». L'opinion majoritaire estime que la Constitution ne proclame aucunement un prétendu droit à l'avortement, lequel n'est par ailleurs pas ancré dans l'histoire et la tradition de la nation américaine. La Cour juge, en substance, que l'avortement ne peut être un droit consacré au niveau fédéral et que désormais, il appartiendra aux États fédérés d'en réglementer le principe et les conditions. La plupart des avortements sont désormais interdits dans vingt-deux États en ce mois de septembre 2023[29],

[28] 597 U.S. (2022). Voir mon commentaire de ladite décision à paraître, « La cour suprême et le droit à l'avortement : chronique d'une fragilité », in Idris Fassassi (sous la direction de), *La Cour suprême des États-Unis en question*, éditions Panthéon-Assas, 2023.

[29] Le *New York Times* publie en temps réel l'évolution des lois sur l'avortement dans chaque État : <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>

ou ne sont permis que dans de strictes conditions, variables, mais qui enfreignent considérablement la liberté de la femme. En réalité, c'est près de la moitié des États qui devraient tenter d'interdire l'avortement ou de limiter la durée de la grossesse, les tribunaux étant nombreux à être en train de juger si les interdictions légales peuvent entrer en vigueur.

C'est bien l'interprétation de 1973 qui est remise en cause en 2022, avec les conséquences dramatiques que l'on peut déjà constater outre-Atlantique. Mais si, en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour suprême, nombreux sont ceux qui ont perdu au jeu des prédictions, il n'en demeure pas moins que le droit à l'avortement reposait sur des fondements instables. Parce qu'il dépendait dangereusement de la branche judiciaire du pouvoir. Et qu'il appartenait aux élus de s'en saisir, pour ne pas laisser le corps de la femme dans les mains de neuf juges nommés. Le droit à la contraception, l'homosexualité ou le mariage entre personnes de même sexe risquent de connaître la même funeste destinée, à moins que le Congrès ne vienne consolider leur protection judiciaire. Tirant les leçons du cataclysme que représente l'arrêt Dobbs, le Congrès a ainsi adopté le 13 décembre 2022 une loi protégeant le mariage entre personnes du même sexe. Le Respect for Marriage Act[30] abroge des législations antérieures définissant le mariage comme une union entre un homme et une femme et interdit aux agents d'état civil, sur tout le territoire, de discriminer les couples « en raison de leur sexe, race, ethnicité ou origine ». Ou comment faire jaillir la lumière législative d'un obscur puit judiciaire.

Pendant les échanges antérieurs à la décision entre les juges et les partis, rebondissant sur les propos du procureur Stewart, la juge libérale Sotomayor a demandé : « Cette institution survivra-t-elle à la puanteur que cela crée dans la perception du public – le fait que la Constitution et sa lecture ne sont que des actes politiques ? ». Elle n'a pas attendu de réponse pour ajouter : « Je ne vois pas comment c'est possible ».

Mais en réalité, Roe v. Wade était tout autant politique. Juridiquement mal fondée et politique. Parce qu'en droit, être libéral ne doit pas, ne devrait pas, être plus acceptable qu'être conservateur. En 2023, comme en 1973, c'est au Congrès, et non à la Cour suprême, de proclamer ou interdire un droit. Dobbs est le produit d'un pays profondément divisé, et la Cour suprême le reflet du dysfonctionnement actuel du régime américain. Mais il faut avoir confiance au peuple américain qui a souvent rappelé que de tous les pouvoirs, il était le premier : « We, the people » est la phrase d'où le pays est né et peut-être que paradoxalement, le séisme que représente l'arrêt Dobbs va être l'occasion

[30] H.R.8404, Public Law No: 117-228, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/8404>

de le rappeler. Aux États-Unis, comme en France, le système choisi fut celui du gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple. C'est même une devise qui synthétise parfaitement les deux Républiques puisque l'article 2 alinéa 5 de notre Constitution qui le proclame s'approprie mot pour mot l'adresse de Gettysburg d'Abraham Lincoln de 1863. La question ici traitée n'est finalement pas une question de politique contre le droit ou du droit contre le politique ; elle est une question d'équilibre des pouvoirs au sein d'une démocratie.

IV

**« Reprendre le contrôle » :
une défiance justifiée
envers l'Europe ?**



Enrico Letta

*Président de l'Institut Jacques Delors
Ancien Premier ministre d'Italie*

Merci beaucoup Anne, merci Denys. Merci pour cette invitation que j'ai beaucoup appréciée et pour ce colloque qui est super intéressant. Je suis ravi d'être là avec Monsieur Bellamy, que j'écoute toujours avec grand plaisir.

Trois clins d'œil pour commencer :

Premier clin d'œil, je me déclare tout de suite coupable : dans mon téléphone il y a le mot Europe et donc il n'y a pas ma ville ou les couleurs de mon équipe de foot préférée. Je suis très pro-européen, je me déclare tout de suite coupable.

Deuxième, j'ai aussi le droit de parler de souveraineté. Je suis souverain. Quand je dois me présenter avec mon nom en France : je dis « Letta » (prononcé l'Etat) c'est moi et je ne mens pas.

Troisième, je pense avoir un avantage par rapport à vous tous : je suis italien et en tant que tel j'ai un décalage d'attentes envers l'Etat. Les français ont de grandes attentes et, par conséquent, souffrent de grandes frustrations. En Italie, nous n'avons aucune attente et donc pas de frustration : je conseille d'entrer dans cette mentalité. Evidemment, je plaisante, mais pas trop...

Je vais partir du titre du colloque. Je pense que la politique contre le droit tue la démocratie.

Si la politique va contre le droit, c'est la démocratie qui en souffre et cela pour une raison très simple : aujourd'hui on en est arrivé à devoir organiser un colloque avec un tel titre car l'effet de la polarisation est devenu tellement fort qu'on imagine que la politique, donc la majorité, peut faire ce qu'elle veut. Ces fameuses entraves sont donc contre le peuple.

Cette idée de polarisation extrême est un problème. On y arrive pour des raisons de faiblesse et non pas pour des raisons de force. La polarisation est issue de l'idée que mon identité est plus faible que ce que je pense donc j'ai besoin de construire un ennemi. On rentre ainsi dans une logique d'extrêmes entre ami/ennemi et cela à cause de ce qu'on ressent.

Un autre point à noter est que cette polarisation extrême trouve dans l'absence de reconnaissance de l'adversaire une ultérieure source d'alimentation. L'idée de ne pas considérer l'adversaire comme quelqu'un de digne, qui peut gagner et qui a le droit de gagner et de le considérer plutôt comme quelqu'un qui est hors la loi, qui ne respecte pas les règles, qui emploie des arguments et des attitudes non autorisés est de plus en plus présente. Cela étant, les adversaires ne se reconnaissent pas en tant que tels.

Regardez à cet égard ce qui s'est passé aux Etats Unis aux dernières élections ou ce qui se passe en Italie depuis 30 ans : il y a un manque de reconnaissance réciproque et c'est un élément de faiblesse. Néanmoins, cette approche permet de légitimiser l'éventuelle défaite : si je perds c'est à cause de la boîte à outils « hors règle » utilisée par l'adversaire.

Cette polarisation est le mal de notre temps. Elle rend impossible le débat et conforte l'idée que celui qui gagne, celui qui arrive à obtenir la majorité, peut faire tout ce qu'il veut. Il n'y a pas de limite possible. Si l'Europe, le droit, les juges mettent des limites, ils sont contre le peuple. Ce point-là est mon préambule et peut-être aussi le cœur de mon intervention, et cela pour une raison très simple.

Nous sommes en train de vivre en Europe les effets de la perte de centralité de l'Etat de droit dans quelques pays membres.

Quand on parle aujourd'hui de menace envers la démocratie, on parle des grandes autocraties extérieures à l'UE mais que peut-on dire lorsque ces menaces ont lieu à l'intérieur de l'UE et que l'un des pays concernés va présider l'Union européenne au semestre suivant l'élection européenne ? Comme vous le savez, Monsieur Orbán va être le président tournant du Conseil de l'UE ; la Hongrie va donc présider l'Union européenne du premier juillet 2024 jusqu'à la fin du mois de décembre 2024, c'est à dire quand tous les équilibres de la prochaine législature devront être créés.

Je crois qu'il faut mettre un point ferme là-dessus et être clair en disant que la défense de la démocratie et de l'État de droit est la défense de notre modèle de vie ; aujourd'hui ce qui est surtout attaqué est notre modèle de vie. Dans la perspective du conflit entre Russie et Ukraine, un point essentiel à souligner est que la défense de l'Ukraine aujourd'hui est aussi pour nous une défense de nos valeurs, de l'État de droit.

Il y a 3 points très simples sur lesquels je voudrais dire quelques mots.

Dans le premier point, je reprendrai une partie du débat très intéressant qui a eu lieu hier. Je pense que grâce à l'Europe on gagne en souveraineté et cela pour plusieurs raisons.

Une de ces raisons est de grande actualité et se réfère au fait qu'on a idéalisé la dépendance et l'interdépendance et cela surtout autour de trois grands sujets : sécurité, technologie, énergie.

Au sujet de la sécurité, j'ai beaucoup apprécié ce que le Général Lecointre a dit. En Europe, l'idée générale des dernières décennies était celle de dire que notre sécurité était payée par le tax-payer américain.

À part la France, l'expérience italienne, allemande où espagnole sont là pour le démontrer, c'est le tax-payer américain qui a payé la sécurité. On a donc décidé d'être dépendants en termes de sécurité des États-Unis.

On a estimé que c'était mieux comme ça aussi parce que c'est très compliqué aujourd'hui, dans le cadre des campagnes électorales, de demander de l'argent pour les dépenses militaires.

On a aussi décidé d'être dépendants du point de vue énergétique de la Russie et du monde arabe.

Là aussi, la France a opté pour des choix différents, mais les autres Pays européens ont choisi la dépendance et cela tout simplement parce que le monde était le monde de la dépendance et de l'interdépendance.

Encore, on a décidé d'être dépendant de la Chine du point de vue technologique.

Bien évidemment, cette dépendance avait besoin d'un monde d'interdépendant dans lequel nous, les Européens, étions le centre de toutes les interdépendances et pouvions par exemple prendre les matières premières là où on le souhaitait.

Et finalement, ça marchait bien, non ?

Pas pour longtemps. Le COVID a été le premier signe d'alerte, mais c'est évidemment la guerre qui a beaucoup poussé vers la compréhension du fait que l'Europe a besoin d'être aussi indépendante et non pas seulement dépendante et interdépendante. L'Europe a besoin d'indépendance, surtout autour des trois grands sujets cités : sécurité, énergie, technologie.

L'Europe doit être forte et capable de gérer les défis énergétique, technologique et de sécurité.

Le sujet de l'indépendance est au cœur de ces mois de fin de législature européenne et il devra être au cœur aussi de la prochaine législature européenne. C'est un changement à 180° ce que la vie européenne doit poursuivre. Après des décennies dans la dépendance et l'interdépendance, on est aujourd'hui en quête d'indépendance et vous comprenez mieux que moi ce que, dans ce contexte, un Parlement radical pourrait engendrer.

Évidemment, les dernières initiatives législatives vont dans cette direction. Plein de débats ont eu lieu au Parlement européen, au sein de la Commission et du Conseil européen. C'est un sujet majeur et c'est la façon d'être souverain et de placer la souveraineté européenne au centre. C'est aussi un moyen pour dire que l'Europe est capable de démontrer non pas qu'on « reprend le contrôle », mais qu'on est indépendants.

Je n'aime pas du tout cette expression « reprendre le contrôle » et je félicite Denys pour l'avoir choisie, car c'est une véritable provocation.

Pendant la campagne électorale du Brexit, j'étais à Paris. C'était la phase de ma vie dans laquelle j'étais à Sciences Po. Je me rappelle quand j'ai vu surgir ce mouvement autour de la reprise du contrôle et j'étais agacé car l'expression choisie « take back control » était tellement claire et forte du point de vue de la capacité de parler et arriver à tous les électeurs. Néanmoins, ce n'était qu'un mensonge.

Pourquoi ?

Premièrement, parce que dans l'histoire, on ne revient jamais en arrière. On va toujours en avant. Deuxièmement, parce que la question de la perte de contrôle n'est pas liée à Bruxelles ou à l'Europe, mais à l'innovation technologique et aux changements majeures de notre époque.

Les innovations technologiques sont en train de changer complètement nos vies car elles ont mis le pouvoir dans un simple bouton. Lorsque l'on presse sur le bouton, la décision est prise.

Au regard des changements que nous vivons et qui sont notamment la conséquence des innovations technologiques, le partage que nous avons en Europe est très important et il me pousse à considérer et soutenir que l'Europe est la plus moderne des constructions politiques et idéologiques.

Aujourd'hui aux questions « qui es-tu ? » « Quelles est ton identité ? », on répondrait bien différemment par rapport à ce que l'on aurait répondu si ces questions avaient été posées il y a 50 ans. A cette époque-là, quelqu'un comme moi aurait probablement répondu : je suis italien, point. Aujourd'hui un seul

terme pour définir l'identité d'une personne est désormais impossible. Moi, par exemple, aujourd'hui je commencerais par dire que je suis toscan, en soulignant d'ailleurs toscan de Pise et non pas de Florence. Je dirais ensuite que je suis italien, mais j'ajouterais aussi que je suis européen car je me sens européen. Cela fait déjà quatre identités géographiques qui sont toutes les quatre très importantes. L'identité nationale ne peut (plus) être considérée comme la seule qui compte.

Cela étant, l'Europe, avec ce partage d'identités, nous donne la possibilité de faire cohabiter des identités différentes. Par ailleurs, le partage de décisions qu'on a en Europe est un pouvoir partagé collectif. Madame Mignon, hier, a parlé de partage. On peut parler de pouvoir partagé collectif, avec des décisions prises par des dizaines de leaders ensemble. Les membres de la Commission européenne, les membres du Conseil européen, les parlementaires européens, il s'agit d'une grande quantité de personnes, toutes légitimes et ayant des légitimités/légitimations différentes, qui ensemble prennent des décisions.

Évidemment la question clé est celle du veto. Pour que ce partage puisse fonctionner, il faut que ces personnes aient la possibilité de créer un consensus entre elles, mais il faut éviter qu'une seule personne ait le droit de mettre le veto et de tout bloquer. Dans ce cas, la machine s'arrêterait. Moi je suis parmi ceux qui pensent que le veto devrait être complètement éliminé. Nous avons présenté une proposition pour que l'on passe à un veto collectif, par exemple de trois pays. Ce serait déjà un grand changement parce que le veto individuel est toujours un chantage. En effet, je n'ai jamais vu quelqu'un mettre un veto pour une question d'intérêt général. On met le veto parce qu'on veut obtenir autre chose, dans le cadre d'une négociation. Par exemple, en 2020 lors de la révolution en Biélorussie, l'Europe ne pouvait que mettre des sanctions, mais elle ne pouvait pas le faire car Chypre bloquait avec son droit de veto. L'objectif de ce pays était en effet de montrer qu'il pouvait tout bloquer et de tirer profit de cette situation pour obtenir que l'Europe adopte des sanctions aussi contre la Turquie. Il est évident que Chypre avait bien raison à exiger des réactions contre la Turquie, mais force est de constater que ces dernières n'avaient aucun lien avec l'affaire biélorusse et que l'usage du veto dans de telles circonstances et avec de telles présupposées ne pouvait qu'affaiblir l'Union européenne. Je crains par ailleurs que ce genre de fonctionnement typique de l'Europe ait permis à Poutine de ne pas prendre au sérieux les européens et leur possibilité/capacité de réagir et de considérer donc qu'il pouvait tranquillement envahir l'Ukraine. Voilà à mon sens le rôle que le veto peut jouer dans le cadre des relations extérieures.

Mon troisième et dernier point : l'Europe doit être en mesure de gérer les nouvelles attentes de souveraineté ainsi qu'une souveraineté partagée.

Le risque est que l'Europe continue à être ce que les anglais appellent « policies without politics ». La recherche d'un rééquilibrage est essentielle.

Heureusement, la prochaine génération EU a donné par exemple la priorité vers deux questions qui sont essentielles pour l'avenir : transition digitale et transition écologique. C'est la façon d'obliger chacun d'entre nous à faire en sorte que tous les choix que l'on fait vont dans cette direction. C'est le futur, c'est pour nos enfants. Indépendamment des contenus des campagnes électorales, il a été fait état que ces deux questions sont essentielles pour le futur. Heureusement qu'on a l'Europe, mais il faut mettre un peu de politique au niveau européen. L'année prochaine sera une année cruciale car trois élections majeures auront lieu : l'Europe, les Etats-Unis et le Royaume Uni. Or, le soir des élections, aux Etats Unis et au Royaume Uni on focalisera le débat dans le monde entier sur qui sera le Président américain et qui sera le premier ministre anglais. Pour les élections européennes, le débat ne se focalisera pas sur les personnes pour lesquelles on a pu voter ou ne pas voter : cela empêche qu'un lien soit créé entre électeurs et élus. Je plaide donc pour un système qui puisse donner à chacun d'entre nous, électeurs, la possibilité de savoir que si l'on vote pour un parti X en France, cela aidera le candidat de ce parti à devenir président de la Commission européenne parce que c'est le candidat du parti européen à devenir président de cette dernière. En absence de ce lien, le système ne sortira pas de la boule bruxelloise et la politique européenne restera fragile. Un système qui ne permet pas à l'électeur, au moment de l'élection européenne, de donner une direction vers le choix du Président de la Commission présente le risque que lors des élections européennes les seuls débats qui auront lieu seront, comme toujours, des débats nationaux : est ce que Macron a perdu ou gagné ? Je plaide pour que tout ça aille dans la bonne direction et je le dis surtout parce qu'aujourd'hui l'Europe n'est pas seulement l'Europe des fonds et des pays fondateurs, aujourd'hui l'Europe et aussi l'Europe des nouveaux pays. Il suffit de considérer la centralité géopolitique de la Pologne et des pays baltes par exemple ; il faut considérer que l'Ukraine aussi un jour va entrer dans l'Union européenne. Il s'agit donc d'une nouvelle Europe qui a besoin de politique et qui a besoin de faire en sorte que les électeurs soient au centre des choix qui la concerne. Merci.



François-Xavier Bellamy

Député européen

Vice-président exécutif des républicains (LR)

Il est très beau aussi que ce colloque soit l'occasion de vivre l'expérience de plus en plus rare – presque miraculeuse aujourd'hui – du désaccord passionné et enthousiaste. Tout a commencé par le fait que Denys de Béchillon, que je ne connaissais pas, a publié une chronique dans l'Express sur le sujet qui nous réunit aujourd'hui, avec laquelle j'étais en profond désaccord. Je lui ai écrit pour le lui témoigner ; en retour il m'a invité à venir ici, et je crois que c'est très important, parce que l'on vit dans un moment où, Enrico Letta le disait, la polarisation devient la grande tragédie contemporaine au point qu'elle empêche la conversation. La vie démocratique devrait commencer par la jubilation du désaccord : le fait que quelqu'un ne pense pas comme moi est nécessairement une occasion d'essayer de comprendre par où je me suis trompé, ou par où je peux l'aider à mieux considérer le réel. Ce qui est au cœur de la pratique philosophique devrait être aussi le principe de la vie civique, et malheureusement nous avons vu hier à quel point cette expérience devient difficile. Je voulais dire à quel point je suis plein de gratitude pour ce moment que vous nous offrez.

Pour tenter de reprendre le sujet européen, je voudrais partir de mon expérience, sans revenir sur les mésententes anciennes qui restent aujourd'hui dans le débat – je pense par exemple à 2005-2007 qui reste au cœur d'une forme d'incompréhension démocratique, qu'il faudra affronter un jour de manière un peu explicite.

Revenons sur l'évolution de la pratique européenne telle que je la perçois depuis quatre ans, depuis 2019. Je ne suis pas, contrairement à ceux qui m'ont précédé à cette tribune, un grand expert du droit, mais je voudrais très humblement partager mon sentiment : je crois qu'aujourd'hui, ce que nous vivons au plan européen est une forme d'étonnant glissement dans la pratique institutionnelle, qui n'a pas tant à voir avec le fait qu'il y aurait d'un côté la politique et de l'autre le droit, ou une opposition entre le peuple et le droit, mais d'une certaine manière quelque chose qui oppose le droit au droit ou les institutions au droit, et de manière un peu provocatrice je dirais que les ruptures à l'état de droit ne sont pas toujours où on les voit. Elles existent où on les voit, mais pas seulement là.

Depuis que je suis entré dans cette expérience européenne, je constate dans les faits une extension des compétences exercées par l'Union européenne bien au-delà de ce que prévoient les traités, notamment une extension des compétences de la Commission européenne. Cela pose d'ailleurs un problème démocratique d'autant plus complexe à gérer que la Commission, Enrico Letta le rappelait, est d'une certaine manière l'institution la moins personnifiée pour les citoyens, celle qui est la moins reliée à la légitimité démocratique. Elle a une légitimité démocratique puisque les commissaires européens sont nommés conformément aux traités par les gouvernements de leurs États respectifs, mais nous voyons bien, et c'est peut-être un peu l'impasse du traité de Lisbonne, que nous sommes restés au milieu du gué, que nous n'avons pas réellement construit un gouvernement européen. La Commission est restée une sorte de double du Conseil, et le principe du Spitzenkandidat avait pour but de remédier à cette déliaison entre la démocratie de l'élection européenne et la constitution de la Commission, en faisant qu'au moins le président de la Commission soit le reflet, le résultat, l'expression du suffrage des citoyens européens. Pour moi, c'est un très grand regret que ce principe du Spitzenkandidat, auquel nous n'avons toujours pas trouvé de traduction française, qui n'était pas dans les traités mais qui était de convention, ait été d'une certaine manière désactivé par l'opposition de deux chefs d'État et de gouvernement européens – Emmanuel Macron et Victor Orban – en 2019, qui ont décidé qu'ils ne se laisseraient pas imposer par l'élection européenne le Président – et en l'occurrence la Présidente – de la Commission.

C'était d'une certaine manière une forme de de volonté, parce que de fait il n'y avait pas d'évolution politique majeure : nous avons remplacé un candidat allemand de la CSU par une présidente allemande de la CDU, donc il ne s'agissait pas d'un renversement politique, il s'agissait plutôt d'une contestation institutionnelle par le Conseil qui ne voulait pas se voir retirer le privilège de nommer le Président ou la Présidente de la Commission européenne ; mais cela a contribué, je crois, à rendre le problème démocratique créé par la situation actuelle plus grand.

Il y a donc une extension des compétences de l'Union européenne et de la Commission européenne : je voudrais prendre trois exemples très rapides pour que ce soit concret. Je ne parle pas des cas que l'on évoque très souvent, nous pourrions revenir sur la CEDH et la CJUE, parce que vous savez que la CEDH en particulier n'est pas liée à l'Union européenne, mais concentrons-nous sur la pratique de l'Union européenne.

En matière par exemple de politique énergétique, les États membres sont, d'après les traités, souverains quant à leur mix énergétique. Mais en réalité, nous voyons que depuis le début du mandat la Commission européenne a fini par entrer dans cette compétence avec des moyens détournés. Je pense par

exemple à la taxonomie européenne sur les énergies vertes : qu'il faille décarboner, qu'il faille aller vers plus d'écologie est une nécessité absolue et nous en convenons tous ; mais la Commission européenne établit un règlement financier en utilisant son pouvoir de régulation sur les marchés financiers, pour décider de quelles énergies sont vertes et quelles énergies ne le sont pas, et incidemment elle considère que l'énergie nucléaire n'est pas une énergie verte, asséchant par-là potentiellement des milliers de milliards d'euros dans les décennies qui viennent vers une filière qui, dans ce sujet industriel, a des besoins d'investissement qui sont majeurs.

Evidemment, c'est un règlement financier, donc la Commission a beau jeu de dire "je suis dans mon rôle" ; mais en réalité elle prive les États membres d'exercer leurs compétences légitimes. Et il leur a fallu batailler avec beaucoup d'énergie pendant deux ans et demi pour obtenir que le nucléaire, dans des conditions extrêmement restrictives, fasse partie de la taxonomie verte, quand le gaz, lui, y était inclus. Cela est indépendant du contenu, d'une certaine manière, car si nous n'avions mis que le nucléaire dedans, cela m'aurait gêné tout autant du point de vue du principe. Aujourd'hui nous avons le même débat qui s'engage. C'était la semaine dernière au Conseil, et maintenant au Parlement européen, sur la réforme du marché de l'électricité. Nous voyons là encore, sous la pression de certains États membres, des voix qui s'élèvent au Conseil pour dire qu'il ne faut pas que les actifs existants (en l'occurrence les centrales existantes, les barrages hydroélectriques) puissent faire l'objet de contrats de long terme ; c'est une manière de priver les États dans lesquels ces choix industriels ont été faits de tirer des bénéfices économiques de leurs options industrielles.

Deuxième exemple : la question de la politique familiale. Là aussi, la politique familiale n'est en rien une compétence de l'Union européenne : elle appartient aux États membres. Mais la Commission européenne travaille sur un projet de règlement qui s'appelle "Certificat européen de parentalité", en partant du principe qu'elle a une compétence sur le sujet des transports. Parce qu'il y a un sujet de transport, si vous êtes reconnu comme parent dans un État membre, vous devez être reconnu comme parent dans tous les États membres. Cela fait que le premier État membre qui, par exemple, donne une légalité à la gestation pour autrui, implique que tous les autres États membres de l'Union européenne vont devoir la reconnaître.

Là encore, le sujet n'est pas le contenu : on peut tout à fait défendre la gestation pour autrui, il n'y a aucun problème avec cela, c'est un débat parfaitement légitime. Mais le sujet est que ce n'est pas une compétence européenne. Je vois des collègues d'Europe centrale et orientale qui reviennent dans leur pays, pas seulement en Pologne ou Hongrie, mais en Roumanie, en Slovaquie, en Slovénie, dans les Pays baltes, et les citoyens leur

demandent “qu'est-ce que c'est que cette Union européenne qui voudrait nous dire comment nous définissons une famille ?”. Ce n'est pas son rôle, ce ne sont pas ses compétences ; et pourtant ces pays ne sont pas eurosceptiques ou anti-européens, et les collègues que je croise ne le sont pas plus, évidemment, mais il se trouve qu'il y a un sujet démocratique.

Le dernier exemple qui me paraît une grande actualité en France est celui que vous avez cité, Monsieur le Ministre, celui de NextGenerationEU, le grand emprunt européen. Le Covid arrive, immense crise économique pour tous nos pays, mais en particulier pour des pays qui sont déjà fortement endettés. Et là-dessus se greffe cette décision qui a beaucoup inquiété, même si elle a été très peu discutée en France : la décision de la Cour constitutionnelle allemande, qui remettait en cause le mandat de la Banque centrale européenne, et la manière dont elle l'exerçait avec les politiques monétaires non conventionnelles qu'elle pratique depuis 2008.

C'était un coup de tonnerre très inquiétant, parce que cela donnait le sentiment que l'Allemagne pouvait d'une certaine manière se retirer du jeu, fragiliser ces politiques monétaires qui permettent de stabiliser aujourd'hui la zone euro. Et c'est dans ce contexte là que la chancelière Merkel a accepté la proposition, poussée depuis le début de son quinquennat par le président Macron, d'un grand emprunt européen, d'une dette commune. C'était une très grande victoire diplomatique pour le Président de la République, mais elle était lourde de beaucoup d'implicite, qui la rendait potentiellement chargée de malentendus. Le premier, c'est que nous nous sommes mis d'accord sur le fait de lever un emprunt, mais pas sur les moyens de le rembourser, donc maintenant nous sommes tous comme des lapins devant les phares d'une voiture en train de regarder les taux d'intérêt monter, la charge de la dette augmenter, et personne n'a la moindre idée de la manière dont nous allons nous sortir de la question de la charge de cet emprunt. On parle de nouvelles ressources propres : c'est évidemment de la fiscalité.

On parle de nouvelles ressources propres : c'est évidemment de la fiscalité. Certains éléments de cette fiscalité sont très bons, et pour ma part je les défends, je les ai défendus et j'ai contribué à leur adoption, comme la taxe carbone à l'entrée du marché unique ; mais il y a d'autres éléments de fiscalité qui peuvent être plus problématiques, et surtout, à la fin, nous n'arriverons pas avec ces ressources propres à affronter la charge de cette dette.

L'autre sujet est que cette dette n'était en rien prévue dans les Traités européens, c'est une invention complète. Il y avait, dans les Traités européens, la mention d'une capacité d'endettement très ponctuelle et très mineure, qui a déjà été utilisé d'ailleurs par exemple après le tremblement de terre de l'Aquila pour venir au secours des communes italiennes touchées ; mais le fait que

nous allons lancer un grand emprunt massif de plusieurs centaines de milliards d'euros en commun, tout le monde le reconnaît aujourd'hui dans le débat, n'était pas inclus dans les perspectives ouvertes par les Traités. De fait, cela ne s'est pas fait sans contrepartie, c'est d'ailleurs tout à fait normal ; nos amis Allemands, Nordiques, Autrichiens que nous appelons les radins et qui s'appellent eux-même les frugaux, n'avaient aucune espèce d'intention d'aller garantir par leur signature et contribuer au financement d'une dette qui aurait pour finalité de maintenir des systèmes sociaux, par exemple structurellement déficitaires comme celui de la France ; c'est dans ce contexte là que la France c'est engagée de manière écrite, noir sur blanc, à effectuer une réforme des retraites. C'est dans ce contexte-là que le Président de la République a pris cet engagement, alors que la réforme des retraites. C'est dans ce contexte-là que le Président de la République a pris cet engagement, alors que la réforme des retraites qu'il vient de mener ne correspondait pas à celle qu'il disait souhaiter pour le pays, et qu'il avait défendu pendant son premier quinquennat.

Qui ne voit qu'il y a là une clé du malaise démocratique que nous connaissons aujourd'hui ? Moi je crois qu'il faut faire une réforme des retraites. J'ai défendu celle qui a été faite par le Président de la République et son gouvernement, parce que je pense qu'elle est nécessaire à la France. Mais je crois aussi qu'il y a un vrai problème, quand les citoyens ont le sentiment que la réforme n'est pas faite par des dirigeants politiques qui s'expriment en rapportant à leur peuple, mais faite au contraire par l'injonction d'une institution européenne qui n'a pas, d'après les Traités, de compétence pour contrôler les budgets de nos États membres, ni la manière dont ils les exercent.

Nous sommes ici au cœur de la doctrine Monnet, qui a trouvé sa réactualisation : dans son journal qui vient d'être réédité, et c'est une lecture passionnante, on voit comment Jean Monnet avait une conscience très vive que les crises étaient le moment de développement, de déploiement de l'Union européenne ; il a cette formule selon laquelle l'Europe ne sera que la solution multiple des crises qu'elle traversera ; et d'une certaine manière on a vu le Covid devenir une occasion d'intégrer plus encore l'Union européenne. C'est un projet qui n'est pas illégitime par principe évidemment, mais à condition, me semble-t-il, qu'il soit ratifié par les démocraties qui constituent l'Europe ; non pas qu'il soit mené de manière purement technique dans des choix qui se font non seulement contre ou sans la ratification des citoyens, mais contre l'état du droit. Et c'est ça qui me paraît très intéressant ; aujourd'hui on a le sentiment, encore une fois, que le droit est prisonnier de ce projet politique – et encore une fois, les violations de l'état de droit ne sont pas toujours où on le croit.

Je voudrais m'arrêter un très court instant sur la question de l'état de droit : le Parlement européen, à ma grande stupéfaction quand j'y suis arrivé, vote continuellement des résolutions, des rapports, des textes qui sont très éloignés des compétences de l'Union européenne et de ses propres responsabilités comme institution législative ou co-législateur de l'Union. Après la première année de mandat, nous nous sommes retrouvés plongés dans le premier confinement, et nous avons eu un peu de temps libre d'un seul coup parce que nous étions tous piégés dans le distanciel. Avec mon équipe, nous avons fait un inventaire de tous les votes que nous avons effectués depuis le début de notre législature ; nous avons un an d'expérience derrière nous. Nous avons rapporté les votes aux compétences de l'Union européenne : est-ce que ces votes étaient à l'intérieur des compétences propres de l'Union européenne, est-ce qu'elles étaient liées à des compétences d'appui, ou est-ce qu'elles étaient totalement en dehors des compétences de l'Union ? À la fin, 52% des votes étaient totalement extérieurs à des compétences de l'Union européenne. Nous parlons de tout, nous votons sur tout, aussi bien sur des débats politiques nationaux, des comportements politiques nationaux, et tout cela contribue, je crois, à faire monter d'une certaine manière la querelle faite à l'Union européenne de se mêler de ce qui ne la concerne pas. Wanda Mastor parlait du débat sur l'IVG aux États-Unis ; dans l'Union européenne c'est une question qui revient très souvent : nous avons voté sur des résolutions à ce sujet, et d'ailleurs le président de la République lui-même au début de son mandat à la présidence du Conseil de l'Union européenne avait dit qu'il fallait inscrire l'IVG dans la Charte des droits fondamentaux. Se prononcer continuellement sur cette question comme le fait le Parlement européen, et sur les législations nationales en la matière, est quelque chose qui ne relève pas de ses compétences, et qui alimente les discours eurosceptiques dans beaucoup d'États membres, où on ne comprend pas que le Parlement européen puisse se prononcer sur les politiques nationales, qui appartiennent théoriquement à la compétence des démocraties qui constituent l'Union.

Et encore, je ne parle pas du contenu : on peut être pour, contre, on peut discuter du contenu autant qu'on veut ; mais nous avons voté par exemple au Parlement européen un rapport qui dit que les hommes peuvent également faire l'expérience de la grossesse : outre que cette expression me semble discutable, ça ne relève pas du tout des compétences de l'Union européenne, et je ne vois pas où est la valeur ajoutée européenne. Ça ne produit aucun effet juridique dans les faits, même si tout cela constitue un peu de soft law qui peut être instrumentalisé ensuite de manière utile.

Idem sur les questions d'état de droit : nous nous prononçons en permanence sur les dérives faites contre l'état de droit dans certains États membres de l'Union européenne, je pense évidemment à la Hongrie ou à la Pologne, pays sur lesquels nous avons voté littéralement des dizaines de résolutions depuis

le début du mandat ; je suis effectivement inquiet de ce qui se passe dans des pays de l'Union européenne, je pense en particulier à la situation en Pologne aujourd'hui où une loi a été votée pour fragiliser les chances du candidat principal de l'opposition qui se trouvait être de notre groupe politique, la loi dite "anti-Tusk" ; nous avons là vraiment un problème majeur d'état de droit.

En réalité il y a des problèmes d'état de droit dans beaucoup de pays européens, et on ne s'inquiète jamais par exemple de ce qui se passe aujourd'hui du point de vue de l'état de droit en Espagne, où le système judiciaire est en état de très grande tension, et c'est un point qui n'a jamais été traité. La question des nominations au CGPJ reste un sujet brûlant. Et puis à Malte par exemple, une journaliste a été assassinée, je ne crois pas que Malte et les gouvernements Muscat, Abela soient indemnes de toutes questions d'état de droit ; ou bien en République tchèque avec Monsieur Babis, bref il y aurait des questions d'état de droit à poser un peu partout, et c'est toujours au même endroit qu'on appuie le curseur, parce que pour le coup il y a là un différend idéologique absolument évident.

Pour terminer je dirais que le sujet n'est pourtant pas d'aller chercher querelle à l'Union européenne, et de manière paradoxale je crois que ce serait faire un très mauvais procès à l'Union européenne que de considérer qu'aujourd'hui nous perdons le contrôle à cause d'elle. Que les États membres sont en train de se faire déposséder de leur pouvoir par l'Union européenne me paraît une analyse complètement fautive, parce que tout ce que je viens de décrire se produit à la demande des États membres. Je crois qu'il y a un vrai problème démocratique dans le fait que la Commission européenne, que l'Union européenne exercent des compétences qui ne sont pas prévues d'après les Traités, mais tout ceci se fait parce que les États membres le souhaitent, le demandent, le bénissent, et c'est là que se trouve la question fondamentale, me semble-t-il.

Reprenons d'ailleurs l'exemple très intéressant que le général Lecointre évoquait hier, l'exemple de la DETT (la directive européenne sur le temps de travail). C'est un exemple très révélateur : cette directive fixe des limites horaires de temps de travail, qui perturbent de façon extrêmement grave notre modèle d'armée par exemple, qui est fondé sur la nécessaire permanence opérationnelle, mais aussi notre modèle de sécurité civile, c'est d'ailleurs le cas le plus brûlant parce que la première décision rendue par des juges européens sur le sujet a été pour condamner la Belgique, dans le cadre de la décision Matzak. Un sapeur-pompier belge a fait condamner son État parce qu'il avait fait compter ses périodes d'astreinte comme des périodes de travail, donc il arrivait qu'il travaillait beaucoup trop au sens de la DETT. Et tout le monde hurle, y compris en France ; je me souviens d'une tribune du Premier ministre Édouard Philippe qui avait quitté ses fonctions à l'époque, qui avait

publié un texte extrêmement virulent contre l'Union européenne, en demandant "d'où l'Union européenne vient-elle remettre en cause notre modèle de défense ?" Et ceci nourrit un discours dans toutes les forces politiques, y compris la mienne parfois, je le regrette, qui attaque avec virulence la Commission européenne, l'Union européenne, les juges européens, la CJUE... qui viendraient nous déposséder de notre souveraineté et de notre sécurité nationale.

Mais la vérité c'est que tout cela est accueilli avec beaucoup d'ironie à Bruxelles, puisque la DETT a été une demande de très longue date du gouvernement français, qui a exigé pendant des années qu'une directive sur le temps de travail permette de lutter contre le dumping social, et permettre de faire en sorte que nous qui sommes au 35 heures ayons à faire face à une concurrence moins rude, notamment de la part des pays d'Europe centrale.

La France aurait très bien pu, dans le cadre de la négociation, exiger, demander, négocier que des exceptions soient prévues pour nos forces de sécurité civile ou pour nos forces armées. Donc nous nous retrouvons aujourd'hui dans la même situation que pour la taxonomie : je vois des Français, des journalistes et des médias français dire : "c'est l'Union européenne qui détruit notre nucléaire".

Mais je crois qu'on n'aurait pas aujourd'hui cette configuration sur la taxonomie si, pardonnez-moi de le dire avec le sourire, le Président de la République n'avait pas eu dans son premier quinquennat trois ministres de l'énergie anti-nucléaire. Donc c'est toujours par les États membres, et par la manière dont les États membres discutent et négocient, Enrico Letta le disait très bien, que se produit à la fin le grand emprunt. C'est exactement la même chose, c'est évidemment les États membres qui l'ont souhaité même s'il n'était pas à mon sens nécessaire. Je crois que le sujet est d'abord là : il n'est pas dans les blocages créés par les États membres, qu'il faudrait surmonter par l'action de la Commission - pour ma part d'ailleurs nous pourrions reparler de la question du veto, mais je ne crois pas que le veto soit aujourd'hui le sujet des blocages européens ; je crois que le sujet vient d'abord de ce qu'au fond nous nous plaignons après nous être nous-mêmes dépossédés des pouvoirs exercés par d'autres, que nous avons pourtant souhaité transférer, et que d'une certaine manière nous avons souhaité ne plus exercer nous-mêmes.

Et je crois que c'est quelque chose qui porte au-delà de l'Europe une leçon plus générale : la politique n'est jamais faible que de son propre vide. C'est d'ailleurs ce qui provoque cette polarisation actuelle : la faiblesse de la politique et non sa force - je partage complètement le sentiment d'Enrico Letta sur ce sujet. Lorsque le politique prétend expliquer qu'il n'a pas pu faire ce qu'il voulait parce qu'il a été empêché, que ce soit par l'Union européenne, ce qui est notre sujet du moment ou bien par son administration, comme le disait Emmanuelle Mignon, ou bien par les juges, en réalité quand le politique prétend s'excuser, je crois qu'il s'accuse, parce qu'il dit substantiellement qu'il n'a pas su lui-même rendre effective la vision qu'il prétendait partager avec les citoyens qui lui avaient fait confiance.



Anne-Marie Le Pourhiet

*Professeure émérite à l'Université de Rennes
Membre du Conseil scientifique de la Fondation Res
Publica*

Je dois d'abord exprimer une certaine perplexité devant les termes, la présentation et les intitulés du colloque, qui me paraissent approximatifs et flous. Je ne comprends pas, en particulier, l'expression « La politique contre le droit », d'autant qu'elle est rapprochée de l'Europe d'une part et des juges d'autre part, sans précision sur les liens exacts de ce binôme.

Il me semble que lorsque depuis deux siècles, la Déclaration de 1789 à laquelle nous sommes censés reconnaître une valeur juridique depuis 1971, nous dit que « la loi est l'expression de la volonté générale » et que « tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation », que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 enjoint aux rédacteurs de la future Constitution de poser comme premier principe que « seul le suffrage universel est la source du pouvoir » et que « c'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent les pouvoirs législatif et exécutif », et qu'en conséquence l'article 3 de la Constitution dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », toute notre histoire constitutionnelle fait du pouvoir politique l'unique source du droit, et cela ne date pas de la Révolution et de la démocratie. Lorsque Louis XIII, dans l'édit de Saint-Germain-en-Laye de 1641, remet vertement les cours à leur place et que Louis XIV, dans son ordonnance civile de 1667, oblige les parlements à demander au Roi quelle est son « intention » lorsque qu'elle ne ressort pas clairement du texte législatif qu'ils doivent appliquer, ils anticipent la loi des 16 et 24 août 1790 et son fameux « référé législatif » interdisant au juge de substituer son appréciation à celle du souverain politique. Montesquieu, lui-même, magistrat et théoricien de la séparation des pouvoirs, affirmait cependant que les juges devaient être les simples « bouches de la loi » et que la puissance de juger devait rester « nulle ». C'est la raison pour laquelle notre Constitution mentionne encore une « autorité » et non pas un « pouvoir » judiciaire.

Tous ces textes juridiques précités, qui sont du droit constitutionnel au sommet de la hiérarchie des normes, nous disent que le droit doit être fait par le corps politique, qui en est la source. Opposer la politique et le droit est donc absurde et contraire à la Constitution, donc contraire à l'État de droit. Il n'y a pas, chez nous, de « droit naturel » surplombant le constituant, pas plus qu'un « droit » abstrait a-politique et sorti de nulle part qui se reproduirait tout seul, hors de toute source étatique et donc démocratique, par une sorte

d'autopoïèse normative[1]. Nous n'avons pas constitutionnellement de « droit sans l'État » hors du politique[2].

Cette présentation semble en réalité vouloir opposer la « loi » démocratique issue du suffrage universel et un « droit » jurisprudentiel ou expert de nature oligarchique, comme le font aussi certains ouvrages apologétiques intitulés « La politique saisie par le droit » ou « Le droit contre les démons de la politique » proposant en couverture le tableau de Carpaccio représentant Saint-Georges terrassant le dragon[3]. Il y aurait donc un saint droit fait par les juges qui devrait vaincre le diable politique des élus de la Nation. Tel est désormais l'image pieuse offerte aux communiants.

Ceci précisé, il m'est demandé de traiter de la « défiance justifiée » (I) à l'égard de l'Europe et de la volonté corollaire souvent exprimée de faire « reprendre le contrôle » par le pouvoir constituant national et démocratique (II).

Une défiance méritée

Le terme « défiance », au sens d'absence de confiance, convient effectivement assez bien pour décrire de façon synthétique les multiples critiques méritées qui peuvent et doivent être faites au fonctionnement de l'Union européenne et à ses institutions et que l'on ne peut réduire stupidement à un déplorable « repli sur soi » ou à une europhobie atrabilaire. Ramener les observations critiques des institutions et du droit européens et les revendications légitimes en faveur d'un plus grand respect de l'autonomie, de la démocratie et des identités des États à une exigence de « Frexit » est une caricature malhonnête, mais le manichéisme est malheureusement très répandu aussi chez les eurolâtres.

La critique du système européen est fondée sur des constats politico-juridiques tout à fait objectifs et rationnels, dénoncés depuis longtemps sous l'appellation globale de « déficit démocratique », qui ont été notamment et brillamment mis en lumière par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe et qui pourraient se résumer dans l'idée générale d'ultra vires : l'Union (pour ne pas mentionner le Conseil de l'Europe et sa CEDH) excède en permanence ses pouvoirs par une interprétation téléologique sans limites de ses compétences qui nous a déjà largement fait dépasser les rives du fédéralisme vers un impérialisme unitaire autoritaire et tentaculaire, qui a cette particularité perverse de donner aux États des leçons de principe qu'elle ne s'applique pas

[1] Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Forum, 1996, p. 43.

[2] Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, Puf, 1985.

[3] Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, *Economica*, 1988 ; François SAINT-PIERRE, *Le Droit contre les démons de la politique*, Odile Jacob, 2019.

à elle-même. La menace de Mme Von der Leyen, la veille des élections italiennes, « Nous avons les outils » ... évoque davantage un char soviétique qu'une boussole libérale.

Comme l'a justement souligné le juge de Karlsruhe, l'interprétation systématiquement extensive et abusive des compétences et des actions de l'Union « crée un glissement structurellement significatif aux dépens des États-membres et une érosion continue qui n'est plus politiquement maîtrisable par eux ».

C'est tout le mérite de cette juridiction d'avoir rappelé une évidence et réalisé la synthèse des deux notions de démocratie et d'État de droit en affirmant que la norme la plus élevée d'un État de droit démocratique est celle qui consacre le droit fondamental des citoyens à l'autodétermination politique puisqu'il s'agit précisément de désigner la source même du pouvoir de l'État. Le principe démocratique est ainsi celui qui se trouve au sommet de la pyramide des normes et qui fournit le principe de validité des normes inférieures que sont les lois, y compris celles qui autorisent la ratification des traités. La démocratie est une norme d'habilitation, assurément, pour nous, la grundnorm de Kelsen.

Or, c'est précisément une déformation et une perversion de la notion d'État de droit et de son rapport à la démocratie que l'on observe actuellement dans les institutions européennes. L'État de droit y est psalmodié sur un mode fétichiste moralisateur et menaçant à la façon de Savonarole brandissant son crucifix, cet usage répressif n'étant plus au service de la démocratie mais tendant au contraire clairement à s'y opposer, à la contrarier.

Le phénomène n'est pas récent et l'on peut même constater qu'il est sans doute dans les « gènes » d'une construction européenne qui, aux lendemains de la seconde guerre mondiale, a été portée par l'idée que c'étaient les nations et le modèle westphalien qui étaient responsables de la guerre et qu'il fallait donc domestiquer les peuples dans une structure post-nationale et post-démocratique. Dès la création du Conseil de l'Europe et la mise en place de la Cour européenne des droits de l'homme, l'on a bien vu qu'il allait s'agir de forcer « la démocratie par le droit » plutôt que de faire « le droit par la démocratie ». L'intitulé de la commission de Venise résume parfaitement cette idée.

Sur pression de la commission et des groupes d'intérêts qui l'investissent, la Cour de justice de l'Union a d'abord développé de façon empirique des « principes » qui n'étaient nullement inscrits dans les traités mais dont toute la logique consiste à confisquer le pouvoir démocratique des États au profit de la technocratie en renversant tout simplement la hiérarchie des normes. Puis

l'État de droit, consacré à l'article 2 du TUE, a fini par servir de notion-balai pour briser toutes les tentatives de défense des compétences étatiques.

Dès les débuts de la construction européenne la Cour de justice s'est attachée à donner effet à la doctrine « Monnet » d'établissement d'une fédéralisation progressive par étapes successives à effet-cliquet.

C'est la Cour de justice elle-même qui pose, dans son arrêt *Costa c/Enel* de 1964, le principe de primauté du droit européen sur le droit national qu'elle fabrique par pure interprétation alors qu'il n'est nullement écrit dans le traité et donc pas ratifié par les États[4]. Elle réitère en décembre 1970 dans l'arrêt *Internationale Handellsgesellschaft*, en confirmant explicitement cette primauté sur les constitutions mêmes des États [5] et confirme tout cela de façon particulièrement péremptoire et brutale dans l'arrêt *Simmenthal* du 20 juin 1978[6].

Il en résulte donc que, pour la Cour, et contrairement ce qu'affirment la plupart des juridictions nationales, le droit européen est supérieur à l'ensemble du droit interne, y compris constitutionnel. Il y a donc d'emblée deux conceptions antinomiques de la hiérarchie des normes puisque les ordres juridiques nationaux placent leur constitution au sommet tandis que la cour de justice met le droit européen au-dessus.

Le traité « établissant une Constitution pour l'Europe » avait intégré cette primauté du droit européen dans son article I-6 : « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit de Etats-membres ». Le rejet de ce traité par le référendum français de 2005 a conduit les négociateurs du traité de Lisbonne à camoufler malhonnêtement dans des déclarations annexes tous les aspects fédéraux refusés par le peuple français. C'est donc dans une déclaration n° 17 relative à la primauté qu'il a simplement été indiqué que « la Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les traités et le droit adopté par l'Union sur leur base priment le droit des États-membres ».

C'est cette tentative de renversement de l'État de droit tel qu'il est conçu par la loi fondamentale allemande, que la Cour de Karlsruhe a clairement refusée dans sa décision de 2009 sur le traité de Lisbonne au nom du principe supérieur et indérogeable de la souveraineté du peuple allemand qui doit, en vertu des articles 79 et 23 de la Loi fondamentale, conserver son droit à l'autodétermination démocratique et ne peut donc abdiquer sans contrôle à

[4] aff. 6/64.

[5] aff. 11/70.

[6] aff. 70/77.

un simple « groupement d'États » les éléments essentiels de son identité constitutionnelle[7].

Elle affirme notamment au point 332 de sa décision : « Étant donné qu'est maintenu le principe d'une primauté dont la source est l'habilitation par la Constitution, les valeurs codifiées par l'article 2 TUE Lisbonne, dont il n'est pas nécessaire de déterminer ici le caractère juridique, ne peuvent pas, en cas de conflit, réclamer de primauté par rapport à l'identité constitutionnelle des États-membres, garantie à l'article 4 alinéa 2 TUE Lisbonne et protégée par la Constitution (...) Les valeurs citées à l'article 2 TUE ne confèrent pas au groupement européen d'intégration la compétence de la compétence et, par conséquent, le principe d'attribution continue de s'appliquer à cet égard ».

En d'autres termes, l'interprétation que donnent les institutions européennes des valeurs de l'article 2 ne saurait prévaloir sur l'interprétation qui prévaut dans les États au regard de leur identité constitutionnelle. Le juge allemand rappelle inlassablement que ce sont les États-membres qui ont ratifié les traités et qu'ils en restent « les maîtres ».

Mais la primauté du droit européen n'est pas le seul « principe » inventé de toutes pièces par la Cour de l'Union pour imposer la fédéralisation, ou plus exactement, l'unitarisation de l'Union, il a progressivement été complété par les principes « d'autonomie », « d'effectivité », et surtout un inacceptable principe « d'application uniforme » du droit européen.

Et c'est évidemment la violation de tous ces principes inventés, surplombés par celui de primauté, que la Commission a reproché à l'Allemagne à la suite de la décision de la Cour constitutionnelle du 5 mai 2020 privant d'application le programme d'achat d'actifs du secteur public (PSPP) validé par la Cour de justice[8]. Le juge allemand avait sévèrement critiqué les interprétations de la Cour de justice accusée d'ignorer le principe de proportionnalité, de statuer de façon incompréhensible et « objectivement arbitraire » et d'outrepasser ainsi le mandat qui lui est attribué par l'article 19 TUE.

La Commission a toutefois clos, en décembre 2021, la procédure ouverte contre la République fédérale au motif que le gouvernement allemand se serait « engagé » à respecter désormais l'ensemble des principes jurisprudentiels ainsi que les valeurs énoncées à l'article 2 TUE « notamment l'État de droit ». Il est fort douteux que le gouvernement allemand ait pu s'engager à violer son propre État de droit, en se permettant d'adresser des injonctions à la Cour constitutionnelle, en ignorant ses décisions ou en modifiant sa composition ! En réalité, la Commission a reculé car il est évident que la Cour de justice

[7] 2BvE 2/08 et autres, 30 juin 2009.

[8] 2 BvR 859/15 ; 1651/15 ; 2006/15 ; 980/16.

européenne aurait été juge et partie dans l'affaire et, surtout, ne pouvait pas contester sérieusement l'argumentaire démocratiquement et juridiquement irréprochable des juges allemands.

Mais non contente de renverser la pyramide des normes à son profit, l'UE s'est aussi piquée d'engloutir à peu près n'importe quoi dans ce fameux « État de droit », discrètement apparu dans le traité d'Amsterdam, mais qui est devenu depuis l'auberge espagnole et le gri-gri fétiche de l'eurocratie.

Bruyamment encouragée par des eurodéputés militants, eux-mêmes cornaqués par des ONG et lobbies de toutes sortes, la Commission européenne s'est donc mise à bombarder de procédures en manquement fondées sur la violation de l'État de droit, certains pays d'Europe centrale dont les gouvernements conservateurs, reconduits par les électeurs, se montrent rétifs à la doxa anglo-saxonne de l'Open Society [9]. Face à l'inefficacité des procédures existantes la commission a même décidé, toujours sur pression du parlement européen, de frapper ces États « au portefeuille » en créant de toutes pièces un nouveau mécanisme de sanction financière reposant sur une conditionnalité dite « État de droit » et fondé sur une interprétation tirée par les cheveux de l'article 322 TFUE[10].

Le règlement commence donc par indiquer, dans son article 2, ce qu'il faut entendre par État de droit « aux fins du présent règlement » c'est à dire qu'il propose sa propre définition qui est un invraisemblable fourre-tout désarticulé et incompréhensible, aux antipodes de la notion formelle stricte forgée par la doctrine juridique allemande du XIXe siècle. Dans aucun État de droit véritable on n'admettrait jamais que des sanctions soient infligées sur la base d'incriminations aussi vagues, indéfinies et filandreuses. C'est la négation du principe de légalité. C'est d'ailleurs ce qu'ont à juste titre plaidé la Hongrie et la Pologne lorsqu'elles ont contesté ce règlement devant la Cour de justice de l'Union qui a évidemment balayé leurs arguments selon son parti-pris systématique en faveur de la Commission dans les procédures en manquement[11].

Mais la cerise sur le gâteau, est arrivée dans la énième décision du 5 juin 2023 relative aux juges polonais qui répond surtout ex-post à la cour de Karlsruhe dont elle prend l'exact contre-pied. Elle y affirme notamment que les valeurs de l'article 2 TUE relèvent de « l'identité même de l'Union » en tant qu'ordre juridique commun, concrétisées dans des principes juridiquement contraignants. Elle feint de concéder « une certaine marge d'appréciation » au constituant national pour assurer leur « mise en œuvre » mais affirme aussitôt

[9] Jean-Éric SCHOETTL, La démocratie au péril des prétoires – De l'État de droit au gouvernement des juges, Paris, Gallimard, Le Débat, 2022, p. 178.

[10] Règlement (UE, Euratom) 2020/2092.

[11] CJUE, assemblée plénière, C-156/21, 16 février 2022.

que cette « obligation de résultat » ne peut varier d'un État membre à l'autre[12]. La Cour procède de façon totalitaire par auto-référence circulaire à sa propre jurisprudence depuis CostaC/ENEL jusqu'à la décision sur la conditionnalité État de droit. Le nouveau concept d'identité européenne discrétionnairement défini par la commission et la Cour prime sur les identités nationales telles qu'elles sont affirmées par les constitutions internes.

Dans les conclusions du Panel n°2 de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, après l'égalité des genres et le bien-être des animaux, l'axe 2 intitulé « Protéger la démocratie et l'État de droit » indique, dans le point 10 : « Nous recommandons que le règlement relatif à la conditionnalité soit modifié de manière à ce qu'il s'applique à toutes les violations de l'État de droit plutôt qu'aux seules violations ayant une incidence sur le budget de l'Union ». De fait, le projet de révision des traités de Guy Verhofstadt veut généraliser les pré-sanctions financières à tout risque de violation des « valeurs » de l'article 2, hors impact sur le budget de l'Union.

L'on comprend donc bien que toute entorse au droit européen devient une atteinte à l'État de droit et à l'identité de l'Union tels que les conçoivent la Commission et la Cour.

Un système impérialiste et centralisateur, une « maison de correction » s'est ainsi installée, piétinant absolument tous les principes qu'elle prétend imposer aux États : ni séparation des pouvoirs, ni démocratie, ni indépendance des juges, ignorance des principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité, mépris de l'article 4 du TUE imposant le respect des identités et des structures politiques et constitutionnelles nationales, ultra vires et conflits d'intérêts omniprésents. Tout est fait pour générer la défiance. On finit d'ailleurs par comprendre pourquoi l'Union tarde tant à adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme, un effet boomerang ne serait pas impossible.

Reprendre le contrôle...

Les propositions qui apparaissent ici ou là tendant notamment à réviser la Constitution pour écarter la primauté du droit européen, notamment lorsque sont en cause des intérêts nationaux fondamentaux, ont le mérite d'afficher une volonté politique mais sont généralement peu claires et mal rédigées risquant de provoquer des difficultés d'interprétation et d'application et donc, encore, de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire des juridictions. Tel est notamment le cas de la proposition de loi constitutionnelle des députés LR « relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l'immigration et à

[12] CJUE, grande chambre, C 204/21, 5 juin 2023.

l'asile » déposée le 2 juin 2023, nouveau salmigondis qui interroge une fois de plus sur la compétence juridique des décideurs français comme européens.

Une solution plus « propre » et claire que cette bouillie, consistant à revenir tout simplement de façon explicite à l'interprétation de l'article 55 de la Constitution qui prévalait avant 1975 « *lex posterior derogat priori* » serait déjà plus sûre : la manifestation de volonté la plus récente du législateur national doit l'emporter dans un contentieux interne. On peut aussi imaginer introduire explicitement une possibilité de contrôle national du respect des traités et de la Constitution par le droit dérivé comme cela se fait à Karlsruhe sur le fondement de l'article 23 de la Loi fondamentale. Mais ceci ne réglerait évidemment rien sur le plan européen diplomatique puisque l'on se mettrait en contravention avec la primauté affirmée à Luxembourg. Sans doute la France n'est-elle pas un pays que l'on peut se permettre de traiter comme la Hongrie ou la Pologne et l'on a d'ailleurs vu comment la commission a finalement rétropédalé dans sa procédure en manquement contre l'Allemagne. Néanmoins lorsque les excès de pouvoir et les problèmes se posent au niveau supranational, c'est logiquement en amont qu'il faut changer les choses.

L'on peut sans doute prôner un usage beaucoup plus systématique du contrôle parlementaire national sur les projets d'actes européens et toute cette logorrhée normative envahissante qui fait fi des principes de répartition des compétences mais l'expérience montre leur inefficacité. Le Sénat vient encore récemment de voter une résolution contre un projet de règlement sur la filiation qui écarte les règles du droit international privé dans le cadre de la « stratégie LGBT » de la Commission, mais seul le veto prévisible du groupe de Visegrad et peut-être même du gouvernement français pour l'aspect GPA, est susceptible d'empêcher ce nouvel *ultra vires*.

Reste l'option d'une renégociation, soit de l'ensemble des traités par tous, soit d'un compromis en forme de protocole spécifique pour la France comme l'ont déjà obtenu auparavant, le Royaume-Uni avant le Brexit, le Danemark, l'Irlande, et même le RU et la Pologne pour le cas particulier de la CEDF. Une politique de la « chaise vide » préalable pour accélérer les choses rappellerait opportunément la méthode gaullienne de « reprise du contrôle ».

La meilleure méthode serait assurément de combiner un bouclier constitutionnel bien rédigé et la négociation diplomatique parallèle.

Hans Kelsen qui inspira le contrôle de la constitutionnalité des lois en Europe, alertait cependant sur la rédaction des textes de référence. Il préconisait au constituant d'éviter une « phraséologie consistant à écrire des valeurs et des principes vagues tels que liberté, égalité, justice ou équité » qui conduiraient

un tribunal constitutionnel à annuler une loi au motif qu'il la juge injuste et inopportune. Il prévenait avec prémonition qu'une telle puissance juridictionnelle devrait « être considérée comme simplement insupportable »[13].

C'est exactement à cela que nous sommes arrivés à force de rédiger des textes constitutionnels et conventionnels filandreux et tirés par les cheveux : à un insupportable système oligarchique. La question « Qui gardera les gardiens ? » n'est alors plus une boutade mais devient cruciale pour notre survie démocratique.

Le doyen Vedel, qui n'était pourtant pas un dangereux populiste, admettait qu'il appartient au souverain de convoquer un « lit de justice » pour briser les décisions des juges. Mais ce qui est cependant plus gênant, en France, c'est que l'on a, dans un passé récent, réuni le parlement pour contourner un verdict populaire qui refusait justement la « perte de contrôle ».

[13] Hans KELSEN, La garantie juridictionnelle de la Constitution, RDP, 1928, pp. 240 et 241 ; Michel TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », in La théorie du droit, le droit, l'État, PUF, Léviathan, 2001, p. 173.



Francis Donnat

Avocat associé Baker McKenzie

Expert du Club des juristes

Ancien référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne

“Reprendre le contrôle” a été non seulement le titre de nos tables rondes, mais aussi le leitmotiv de ces rencontres. Beaucoup ont évoqué la solution constitutionnelle comme étant celle qui permettrait cette reprise de contrôle au regard de l'Union européenne. En me concentrant sur cette dernière, il m'a semblé intéressant de rappeler à cet égard un certain nombre d'éléments trop souvent oubliés dans ce débat récurrent sur la place respective des constitutions nationales et du droit de l'Union européenne.

A cet égard, je voudrais développer rapidement 3 idées avant d'essayer de conclure :

- La première est que les traités de l'Union européenne imposent à celle-ci de respecter l'identité nationale des Etats membres dont fait partie leurs structures fondamentales constitutionnelles ;
- La deuxième est que la Cour de justice n'a pas attendu l'inscription de ce principe dans les traités pour, implicitement, tenir compte dans sa jurisprudence de l'identité constitutionnelle des Etats membres ;
- La troisième est que sa jurisprudence récente témoigne d'un réel souci de prise en compte de cette identité constitutionnelle.

Première idée : une notion défensive introduite dans les Traités

La première référence figure dans le traité de Maastricht en 1992. L'article F du traité sur l'Union européenne, alors applicable, stipulait que “L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres dont les systèmes de gouvernement sont basés sur les principes démocratiques”. On ne parle pas d'identité constitutionnelle, mais d'identité “nationale”. Quoi qu'il en soit, l'idée est bien d'écrire noir sur blanc, au moment où les Etats membres dotent l'Union de nouvelles compétences qui s'éloignent du champ économique et se rapprochent des sujets régaliens, et au moment aussi où, après la chute du mur de Berlin, le modèle de l'Etat-nation retrouve tout son attrait, que l'Union doit respecter l'identité des Etats membres.

Avec le traité d'Amsterdam en 1997, la formule est amputée de la référence aux "principes démocratiques", puisque l'article 6 du TUE se bornait à stipuler, dans sa rédaction alors applicable, que "L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres", sans que l'on soit bien en mesure de comprendre ce que, a contrario, signifie la disparition de la référence aux principes démocratiques.

C'est avec le traité de Lisbonne en 2007 que la rédaction actuelle est trouvée, qui stipule à l'article 4 §2 du Traité que "L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...)"[14]

Les textes ont donc sensiblement évolué dans le temps. Beaucoup de commentateurs, à l'époque, considéraient que ces clauses étaient purement politiques ou déclaratives, et n'avaient pas de grande portée juridique. Quoi qu'il en soit, l'intention des auteurs des traités était bien et restait de préserver une sorte de pré-carré que le droit de l'Union se doit de respecter. L'identité constitutionnelle, qui est une composante, selon la formule de l'article 4 §2, de l'identité nationale, fait partie de ce pré-carré.

C'est donc au niveau des traités que nous retrouvons cette idée, qui était auparavant surtout articulée comme un moyen en défense par les Etats membres devant la Cour de justice, et dont la jurisprudence de cette dernière tenait déjà, en réalité, implicitement compte.

Deuxième idée : l'identité constitutionnelle des Etats membres est une notion qui était déjà présente implicitement dans la jurisprudence de la Cour

Si l'on analyse précisément la jurisprudence de la Cour, celle-ci n'a en effet pas attendu l'inscription en lettres d'or dans les traités de cette clause de respect de l'identité constitutionnelle pour en tenir compte dans la réalité.

2.1. - Cette idée est en premier lieu déjà présente en filigrane dans bon nombre de ses arrêts importants, bien qu'elle le soit sous différentes appellations.

La première d'entre elles est le principe, dégagé par la Cour, d'autonomie procédurale des Etats membres. Ce que la Cour entend sous cette appellation est simple : tant que les principes d'effectivité et d'équivalence ne sont pas mis en cause, le droit de l'Union n'a pas à se prononcer sur les spécificités institutionnelles ou procédurales des Etats membres et notamment pas sur

[14] L'identité nationale est également mentionnée au 3ème paragraphe du préambule de la Charte des droits fondamentaux.

la façon dont ceux-ci mettent en oeuvre le droit de l'Union. La Cour a ainsi expressément jugé que lorsque le droit de l'Union habilite un État membre à prendre des mesures d'application, les modalités de l'exercice de ce pouvoir sont régies par le droit public de l'État membre concerné (20 juin 2002, Mulligan e.a., C-313/99, point 48). Chaque État membre est ainsi libre de répartir les compétences sur le plan interne comme il l'entend entre autorités nationales ou locales, pourvu que cette répartition des compétences permette une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause (10 novembre 1992, Hansa Fleisch Ernst Mundt, C-156/91, point 23). Enfin, dans une affaire qui concernait l'interdiction dans la quasi totalité des Länder allemands des jeux d'argent et de hasard en ligne, la Cour a enfoncé le clou en disant expressément que la répartition des compétences entre les Länder ne saurait être remise en cause car elle bénéficie de la protection conférée par l'article 4 §2 du traité (12 juin 2014, Digibet, C-156/13, point 33).

Il en résulte – et c'est essentiel – que le droit de l'Union n'a pas d'impact sur le choix constitutionnel des États membres entre centralisation et décentralisation, État unitaire ou fédéral, ce qui n'est pas sans conséquence sur les conditions mêmes d'application du droit de l'Union dans les États membres.

C'est, on le voit, une façon pour la Cour de montrer qu'elle respecte l'identité institutionnelle des États membres.

C'est également ce qu'elle fait lorsque, sous une seconde appellation, la Cour valide des motifs impérieux d'intérêt général que certains États membres mettent en avant pour justifier des exceptions aux grandes libertés de circulation économiques garanties par le droit de l'Union. C'est par exemple la célèbre affaire Omega (14 octobre 2004, C-36/02), dans laquelle la Cour valide l'interdiction faite en Allemagne des jeux dits de "laserdrome" qui simulent des tirs sur ces cibles humaines, au motif que de tels jeux portent atteinte à la dignité de la personne, dont le respect est garanti à la fois par la Constitution allemande et par les valeurs de l'UE. Il est intéressant de relever que la Cour prend le soin de dire qu'il n'est pas indispensable, à cet égard, que l'interdiction en cause corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres quant au niveau de protection du droit fondamental en cause, et se fonde pour asseoir sa solution sur le niveau de protection de la dignité humaine que la Constitution allemande a entendu assurer (points 37 à 39).

On le voit à ces deux exemples, la Cour se montre de longue date soucieuse, dans ce qu'elle juge, de l'identité constitutionnelle des États membres.

2.2 - Soucieuse, la Cour ne l'est pas seulement par ce qu'elle juge, elle l'est aussi par ce qu'elle ne juge pas. La Cour sait en effet faire preuve de judicial restraint lorsque sont en cause devant elle des principes constitutionnels nationaux et qu'il n'est pas nécessaire pour elle de se prononcer à leur égard pour trancher le litige.

On peut citer par exemple l'affaire Stephen Grogan (4 octobre 1991, C-159/90) où était en cause l'interdiction faite en Irlande de diffuser des informations au sujet de cliniques pratiquant des interruptions volontaires de grossesse dans d'autres Etats membres. Alors que le droit à la vie était inscrit dans la Constitution irlandaise, et sans doute afin de ne pas aborder la question, la Cour juge astucieusement en l'espèce que si l'IVG est bien un service au sens du traité, des informations sur l'IVG diffusées par des associations d'étudiants et non par un opérateur économique relèvent de la liberté d'expression et non de la libre prestation de services, de sorte que le droit communautaire ne s'applique pas et ne s'oppose donc pas à l'interdiction qui était faite en Irlande aux étudiants de diffuser des informations sur l'IVG dans d'autres Etats membres.

Plus récemment, on peut citer l'affaire Dory dans laquelle la Cour de justice avait fait preuve de la même prudence dans la matière fort sensible de la défense nationale (11 mars 2003, C-186/01). La Cour, au rapport d'ailleurs du juge français, y juge que l'ancienne directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes ne s'applique pas au service militaire obligatoire, et que le droit communautaire ne s'oppose par conséquent pas à ce que celui-ci soit réservé aux hommes.

Ainsi que l'on sait, la Cour n'a pas fait preuve de la même retenue dans l'affaire de 2021 sur le temps de travail des militaires (15 juillet 2021, B.K., C-742/19). L'affaire a fait grand bruit. Force est toutefois de constater que la Cour avait entouré la solution de principe retenue d'un luxe impressionnant de détails destinés de toute évidence à laisser aux Etats membres la plus large marge de liberté possible.

Troisième idée : une jurisprudence soucieuse de la reconnaissance de l'identité constitutionnelle des Etats membres

Nombreux sont les exemples dans lesquels la Cour a expressément intégré dans son raisonnement le fait qu'étaient en cause devant elle des éléments spécifiques à l'identité constitutionnelle d'un Etat membre. Je prendrai trois séries d'exemples.

3.1. - C'est le cas en premier lieu en matière de citoyenneté européenne. Dans l'arrêt Espagne/Royaume-Uni (12 septembre 2006, C-145/04), elle juge ainsi que le Royaume-Uni pouvait, au regard de "sa tradition constitutionnelle" (point 79), accorder le droit de vote aux élections européennes à certains citoyens du Commonwealth, ressortissants non britanniques, et qui n'étaient donc pas, à l'époque, citoyens de l'Union, résidant à Gibraltar. Et si, dans un arrêt du même jour (Eman et Sevinger, C-300/04), la Cour reconnaît que les Pays-Bas n'ont pas le droit de reconnaître le droit de vote aux élections au Parlement européen à tout Néerlandais résidant dans un pays tiers tout en refusant un tel droit aux Néerlandais résidant aux Antilles néerlandaises ou à Aruba, il est intéressant de relever que c'est au regard du principe d'égalité qu'elle juge cela, non sans avoir rappelé auparavant "qu'il appartient aux États membres de retenir les règles les mieux adaptées à leur structure constitutionnelle" (point 50).

3.2. - C'est également le cas en matière d'état civil. Dans la célèbre affaire Sayn-Wittgenstein (22 décembre 2010, C-208/09), la Cour a jugé que l'Autriche avait parfaitement le droit de refuser de reconnaître le nom patronymique d'un ressortissant autrichien qui avait, en Allemagne, ajouté à ce nom un titre de noblesse, ce qui n'est pas admis par le droit constitutionnel autrichien. La Cour justifie expressément sa solution au regard de "l'histoire constitutionnelle autrichienne" en relevant que la loi autrichienne d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, devait être prise en compte dans le raisonnement (point 83).

Dans la lignée de cet arrêt, la Cour a de même jugé que les autorités allemandes n'étaient pas tenues de reconnaître le nom acquis au Royaume-Uni par un ressortissant germano-britannique, lorsque ce nom comporte plusieurs éléments nobiliaires (2 juin 2016, Bogendorff, C-438/14). La motivation de l'arrêt est très claire et prend le soin de relever que c'est la Constitution de Weimar qui a interdit la création de titres conférant l'apparence d'une origine nobiliaire, et que ce "choix constitutionnel" faisait partie de l'identité nationale de cet Etat membre (point 64).

Dans une autre affaire (12 mai 2011, Wardyn, C-391/09), la Cour a de même jugé que les autorités lituaniennes pouvaient refuser de modifier les actes d'état civil d'un couple polonais et lituanien, actes civils établis avec une graphie lituanienne, alors que ce couple voulait les voir modifier pour adopter la graphie polonaise de leurs noms. Ici, la Cour justifie sa solution par la prise en compte du respect dû à l'identité nationale des Etats membres, dont fait partie la protection de la langue officielle nationale de cet Etat (point 86 et s.).

3.3. - Pour prendre une dernière série d'exemples, l'identité constitutionnelle se niche parfois là où on ne l'attend pas nécessairement. C'est le cas par exemple en matière d'aides d'Etat. Ainsi, dans l'affaire Portugal/Commission (6 septembre 2006, C-88/03), c'est au regard des compétences dévolues par la Constitution portugaise à la région autonome des Açores que la Cour examine quel est le cadre géographique pertinent (les Açores seulement ou l'ensemble du territoire portugais ?) pour apprécier la sélectivité des mesures fiscales qui étaient en cause. Une solution identique a été dégagée à l'égard du pays basque espagnol (11 septembre 2008, UGT-Rioja, C-428/06).

Un précédent en matière de marchés publics peut être enfin cité. Dans l'affaire Michaniki (16 décembre 2008, C-213/07), était en cause une disposition de la Constitution grecque qui interdisait aux entreprises de médias de détenir des sociétés susceptibles de candidater à des marchés publics de travaux. Si la Cour juge en définitive que la Grèce ne pouvait ajouter une cause d'exclusion de la participation aux procédures de passation des marchés publics à la liste figurant dans la directive européenne, c'est au regard du caractère général et absolu que revêtait l'interdiction prévue par la Constitution grecque. Auparavant, la Cour prend bien le soin dans son arrêt, éclairé par les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, de préciser que les objectifs poursuivis par la disposition en cause de la Constitution grecque, à savoir la transparence et l'égalité dans les procédures de passation de marchés, sont légitimes, et que chaque Etat membre dispose en la matière d'une marge d'appréciation "à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres" (point 56).

Parlant de considérations propres à un Etat membre, il y a une affaire que nous Français devons suivre avec une attention particulière actuellement pendant devant la Cour puisqu'elle porte sur la question de savoir si une collectivité publique, belge en l'espèce, peut interdire à ses agents le port de tout signe visible de convictions religieuses sur leur lieu de travail. Dans des conclusions rendues le 4 mai dernier, l'avocat général Collins répond par l'affirmative à cette question, ce qui est évidemment une bonne nouvelle (Commune d'Ans, C-148/22).

On peut relever à cet égard que l'avocat général dit dans ses conclusions être d'accord avec les observations présentées par le gouvernement français devant la Cour selon lesquelles cette question relève, dans certains Etats membres, de l'identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles et qu'il convient d'accorder aux Etats membres une large marge d'appréciation. L'avocat général relève également l'absence, en Belgique, de toute définition constitutionnelle du principe de neutralité de l'Etat, et le fait que le gouvernement belge n'a jugé utile ni de proposer une réponse à la première question préjudicielle, préférant s'en référer à cet égard à la sagesse de la Cour, ni de participer à l'audience...

Conclusion : une passerelle plus qu'une ligne Maginot ?

On le voit à ces nombreux exemples, la jurisprudence de la Cour de justice tient résolument compte de l'identité constitutionnelle des Etats membres. La question qui se pose est plutôt - et je terminerai par là - celle de savoir jusqu'où peut-elle aller ?

Il n'y a en fait aucun suspense dans ma question car, en réalité, nous savons tous quelle est la ligne de partage : l'invocation de l'identité constitutionnelle ne saurait compromettre ni le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par la Charte, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (avis 1/91, du 14 décembre 1991, point 21 ; 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, point 3 ; 26 février 2013, Melloni, C-399/11, point 59).

On toucherait là à ce qui est consubstantiel à la construction européenne, c'est-à-dire à la fois des valeurs communes et une méthode commune.

La Cour pouvait donc prendre en compte les traditions constitutionnelles britanniques au regard du droit de vote, ou la Constitution autrichienne qui interdit les titres nobiliaires, car rien dans ces exemples ne mettait en cause ce qui est inhérent à la construction européenne.

Mais la Cour ne saurait accepter qu'un Etat membre se retranche derrière sa Constitution pour attribuer les litiges concernant l'application du droit de l'Union à la compétence exclusive d'une instance ne constituant pas un tribunal indépendant et impartial (19 novembre 2019, A.K., C-585/18), pour priver une juridiction nationale de sa compétence pour statuer sur des recours introduits par des candidats à la Cour suprême (2 mars 2021, A.B., C-824/18) ou encore pour ficher systématiquement et mettre en ligne des informations afférentes à l'appartenance passée des juges à un parti politique (5 juin 2023, Commission/Pologne, C-204/21).

Dans tous ces précédents malheureux, pour lesquels vous aurez reconnu qu'ils concernent un seul et même Etat membre, il va de soi que la Cour ne pouvait tenir compte de l'argument constitutionnel invoqué en défense devant elle tant tout cela est contraire aux valeurs de l'Union et à ce qui est inhérent à la construction européenne.

C'est en définitive à l'idée bien connue de dialogue des juges que nous en revenons. C'est un élément de la réponse, sans doute le principal, auquel la Cour de justice se réfère lorsqu'elle nous dit qu'une cour constitutionnelle qui estimerait qu'une disposition de droit dérivé de l'Union méconnaît l'obligation de respecter l'identité nationale de cet Etat membre doit surseoir à statuer et saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle (22 février 2022, RS, C-430/21, point 71).

Dans ce dialogue, le partage des tâches est aisé à déterminer : aux juges nationaux, et notamment aux juges constitutionnels, de définir les éléments de l'identité constitutionnelle de leur pays ; à la Cour de justice de s'assurer que cette définition ne remet en cause ni les valeurs de l'Union ni les objectifs de la construction européenne.

Dans ce dialogue, la Cour doit faire preuve de mesure et doit rester attentive aux signaux que les Etats membres lui adressent : signal qui existe déjà par la mention, dans les traités, de l'identité constitutionnelle et de l'identité nationale des Etats membres ; signaux par la mention, qui peut exister dans certains textes de droit dérivé, selon laquelle il faut tenir compte de considérations particulières relatives par exemple à l'ordre public ou à l'identité culturelle ; signaux enfin par les plaidoiries des agents des gouvernements nationaux devant la Cour.

De même, les Etats membres doivent également faire preuve de mesure dans la définition de ce qui relève de leur identité constitutionnelle. Il ne s'agit pas d'en faire une sorte de "passe-droit" qui aboutirait à détricoter l'ensemble communautaire. Ainsi que le Conseil constitutionnel le juge (Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 par exemple), la notion doit viser ce qui est "inhérent" à l'identité constitutionnel de chaque pays, au sens éclairant où l'entendait le président Mazeaud, c'est à dire qu'est inhérent ce qui est à la fois crucial et distinctif. C'est exactement le sens de l'article 4 §2 du traité, qui se réfère également à ce qui est "inhérent" aux structures constitutionnelles des Etats membres.

On le voit ainsi, la clause de l'article 4 §2 du traité, loin d'être une licence à construire des lignes Maginot, doit plutôt être considérée comme une passerelle puisqu'elle fait de cette notion bien nationale d'identité constitutionnelle une notion du droit de l'Union européenne.

Je vous remercie.



François Bayrou

*Ancien ministre
Haut-commissaire au plan
Maire de Pau*

Nous avons vécu une journée tout à fait passionnante, de très haut niveau scientifique, juridique, rhétorique. Et cela me donne l'occasion d'exprimer à Denys de Béchillon notre gratitude, car avoir dans cette ville des débats de cette dimension c'est évidemment précieux.

Je suis très content de cet événement et je pense qu'il faut multiplier les colloques de cet ordre parce que cela correspond à l'ambition intellectuelle de cette communauté. C'était de très haut niveau scientifique, très amusant niveau débat et très chaleureux.

Je voudrais présenter, comme un praticien qui essaie de réfléchir à ces problèmes depuis longtemps, quelques réflexions sur la démocratie comme nous la vivons, avec les limites qui sont posées dans le sujet (je ne les traiterai pas toutes).

Et je voudrais repartir de l'introduction audacieuse que j'ai faite et qui a fait ouvrir à un certain nombre d'entre vous les yeux comme des soucoupes.

J'expliquais qu'ici nous avons inventé, 15 siècles après Athènes, le premier édifice démocratique dont témoigne, si cela vous intéresse de visiter la ville, le quartier que nous avons décidé de consacrer à la culture régionale béarnaise, gasconne, occitane. Vous verrez, comme élément d'unification des multiples bâtiments que nous avons consacrés à cette culture sous tous ses aspects, le facsimilé en cuivre, du manuscrit des forts de Béarn. Et je répète que c'est lisible encore aujourd'hui, en tout cas pour quelqu'un qui connaît cette langue et qui l'aime, ce qui est mon cas.

Et donc je voudrais partir d'une idée qui est presque totalement oubliée, qui risque d'être rappelée de manière cruelle un peu partout chez nous, c'est que la démocratie est une utopie.

Elle est philosophiquement fondée ou plus exactement, elle est spirituellement fondée, parce qu'elle considère le citoyen comme une personne qui peut se faire maître de son propre destin. Et ceci est une affirmation, idéale en tout cas.

Et c'est une utopie parce que partir de cette affirmation et obtenir le résultat que de grandes entités politiques nationales ou internationales peuvent s'en remettre à cette multitude de préférences personnelles ou de préférences individuelles, autant de préférences que de citoyens, pour décider de leur destin collectif, entre nous, c'est une dinguerie. C'est ce que Denys de Béchillon a illustré dans son introduction virulente. C'est illogique. Nous y sommes habitués. Notons au passage qu'un très grand nombre d'entités politiques sont en train de s'en déshabituer, considérant que si l'on posait rationnellement, de façon cartésienne, cette équation que partant d'une forêt, d'un maquis de préférences individuelles, on en arrive à déterminer le destin collectif de la communauté à laquelle on appartient, cette équation apparaîtrait totalement illogique.

En effet, c'est un pari, un pari déraisonnable.

Cette idée de s'en remettre aux choix personnels des citoyens pour définir le destin collectif, c'est pour nous (en tout cas, pour la famille d'esprit dont nous nous réclamons Enrico Letta et moi), un mantra. Marc Sangnier disait : « La démocratie, c'est l'organisation sociale qui porte à son plus haut la conscience et la responsabilité du citoyen ». Et déjà, dans Aristote : « qu'est-ce qu'un citoyen ? Le citoyen, c'est celui qui délibère. »

Et cette conscience, cette responsabilité, tel est l'idéal à atteindre, et dans les quelques remarques que je vais faire je vous donnerai une ou deux illustrations.

Mais ce choix, cette orientation, au 21^e siècle, au temps des médias sociaux, au temps de l'information en continu, entraîne un certain nombre de conséquences et je voudrais en rappeler quelques-unes, parce que les débats en général les oublient.

Je compte au nombre de ces débats la mise en cause de la personnalisation du pouvoir. Or, sans doute à contre-courant, je crois et défends cette nécessité de la personnalisation du pouvoir.

Vous reconnaîtrez là que je suis quelqu'un de la 5^e République, à la différence de la position que ma famille politique avait adoptée à cette époque. Qui était réticente à la 5^e République. Mais moi j'ai toujours été partisan de la 5^e République. Pourquoi ? Parce que je pense que la personnalisation du pouvoir est inhérente à l'exercice de la démocratie aujourd'hui.

Et qu'il n'y a aucune différence de ce point de vue entre la démocratie française, la démocratie britannique, la démocratie allemande, la démocratie italienne, la démocratie américaine. Partout, on fixe des choix sur des

personnes. On vote pour ou contre le Chancelier, le Premier ministre, le Président. Ce qui est d'ailleurs assez valorisant pour l'idée qu'on se fait de l'engagement.

Les responsables politiques ne sont pas des pions posés pour défendre des thèses préétablies. Ce temps est fini. Et donc la marque personnelle que les leaders apportent à la politique est pour moi, aujourd'hui, dans les circonstances où nous sommes, indépassable. Et donc j'avais écrit un jour que les dirigeants, de quelque pays qu'ils soient, sont désormais des hommes de la 5e République française.

C'était bien sûr une plaisanterie.

Donc ce pouvoir est nécessairement personnalisé. Deuxièmement, cette personnalisation du pouvoir est durement mise en cause aujourd'hui par un certain nombre d'expressions, de préférences (je vais parler de démocratie participative, de convention citoyenne, etc.) et durement contestée, mais moi je pense que ceci est vital.

Et cela tranche une question, que je pourrais appeler paléo-démocratique parce que c'est une question historique et de philosophie à laquelle on ne pense jamais.

C'est qu'il y a eu, même si nous l'avons oublié, deux conceptions de la démocratie à l'origine, cinq siècles avant notre ère, contemporaines et contraires l'une à l'autre.

Il y a eu la conception athénienne et il y a eu la conception romaine.

Athènes, c'était le tirage au sort. Les conventions citoyennes y reviennent. Athènes avait choisi, pour la sélection des dirigeants, des magistrats comme ils disaient parmi les citoyens, le tirage au sort. Et Rome a choisi l'élection. Et je me félicite que pour nous Rome l'ait emporté. Le tirage au sort, qu'est-ce que cela veut dire ? Cela veut dire deux choses, qui sont l'une et l'autre, intéressantes. La première, c'est que les citoyens (je le répète, les citoyens de plein exercice, les hommes libres) étaient égaux entre eux, que ça n'avait aucune importance, que l'on tire au sort l'un ou l'autre. Deuxièmement, cela signifiait en réalité que ce sont les dieux qui choisissaient et non pas les personnes.

Et moi, j'aime le système électoral parce que précisément ce ne sont pas les dieux qui choisissent.

C'est à nous tous, pauvres humains, qu'il est remis de faire des choix, et je trouve cela extrêmement valorisant pour les choisis et pour les choisisseurs.

Et il y a quelque chose qui fait que je suis très réservé, ce n'est pas une surprise, sur les conventions, sur lesdites conventions citoyennes. Je veux préciser ma pensée pour qu'elle ne soit pas déformée. Je suis tout à fait d'accord pour qu'il y ait des conventions citoyennes, pour déplier les questions, pour examiner les conséquences des décisions possibles, le contexte ou préciser les données. Mais quant à faire ce que l'on vient de faire à deux reprises sur le climat et sur la fin de vie, faire voter des gens tirés au sort et que l'on dise qu'il y a 70% des membres de la convention citoyenne qui ont dit cela et que donc cela vous engage, pour moi, c'est une atteinte profonde à notre souveraineté, à ma souveraineté de citoyen à laquelle je suis profondément attaché. Et donc je trouve qu'il y a là une dimension éclairante, en tout cas, pour tous ceux qui voudraient que la démocratie offre aux citoyens le plus haut niveau de conscience et de responsabilité. Les conventions, lesdites conventions, qui ont été assez bien décrites ce matin, on ne sait pas de qui elles sont composées, on ignore absolument, et pour cause, comment on les compose. On ne sait pas qui choisit les intervenants, les experts, les prétendus experts, qui viennent dire quelque chose Et au bout du compte, on ignore absolument quels étaient les a priori des uns et des autres. Et naturellement, on ne voit pas les biais auxquels cela peut conduire.

Alors si c'est seulement pour éclairer les conséquences, je suis favorable, je suis pour tout moyen. Mais ce n'est pas autre chose qu'une étude d'impact mise dans un contexte plus chaleureux, plus humaniste. Mais sous cette idée de démocratie spontanée il y a une négation absolue de la démocratie, de conscience et de responsabilité.

Et donc je maintiens qu'il y a là une question préjudicielle. Ensuite, on voit bien que choisir des personnes, cela n'est qu'une partie du jeu démocratique parce que ces personnes-là ne sont pas là uniquement à titre d'individu présentant des qualités et des défauts. Ces personnes-là portent des visions, des regards, des orientations, certains disent des idées, des doctrines, d'autres disent des idéologies. En tout cas quelque chose qui engage au-delà de la qualité des personnalités. Et c'est une très grande richesse de la démocratie minoritaire dans laquelle nous sommes en train de vivre. Minoritaire sur la planète, peut-être même minoritaire dans l'esprit des citoyens et donc raison de plus pour la défendre.

Une fois que j'ai dit ça, je veux défendre quelque chose de très important pour moi c'est que la fonction de la démocratie, l'organisation de la vie politique, est en réalité cathartique.

Quand on étudiait la tragédie grecque, on expliquait ce qu'était la catharsis, c'est-à-dire la purgation des passions : en mettant les passions en scène, on réduisait les affrontements sociaux. Et tous les Sophocle de la création

(ce matin ont été très justement cités Créon et Antigone), au fond, permettaient à la communauté de résoudre et de détendre un certain nombre des problèmes qui la déchiraient. Notre démocratie, notre vie parlementaire en particulier, devrait avoir cette fonction-là. Elle ne l'a pas, elle ne l'a plus. Je vais essayer d'expliquer en quelques mots pourquoi.

Nous vivons sur deux conceptions, en réalité antagonistes, de la société politique, de la démocratie. J'ai cru comme tout le monde, pendant longtemps, que la démocratie consistait à faire triompher électoralement ses idées sur celles des autres. Que c'était ça le jeu et qu'il fallait gagner autrement on perdait. Et d'ailleurs, l'organisation strictement et uniformément majoritaire, de la démocratie française et notamment pour ce qui touche à la démocratie de l'État, la démocratie de la nation, va dans ce sens. Au fond, c'est gagner ou perdre. Et moi je voudrais énoncer ou cultiver cette idée que cela ne peut plus être ainsi. Que la règle de la majorité, la règle de la démocratie ce n'est pas de triompher sur les autres. C'est d'accepter que les autres soient différents et cependant qu'ils existent. Que vous puissiez confronter, proposer une vision par rapport aux autres et que cette pluralité des visions permette d'accoucher d'un État nouveau d'équilibre. Peut-être certains reconnaîtront-ils une phrase que j'ai prononcée à Toulouse il y a 20 ans, quand Jacques Chirac a voulu constituer un parti unique qui s'est appelé UMP et que je suis allé un peu seul face à de milliers de militants enthousiastes et déchaînés. La thèse qui voulait constituer ce parti, c'était « nos électeurs pensent tous la même chose ». Et j'ai dit, si l'on pense tous la même chose, c'est qu'on ne pense plus rien. Et je suis absolument acquis à cette idée. Récemment, dans la majorité présidentielle, il y a eu un mouvement comme cela, qui recherchait la création d'un parti unique de la majorité présidentielle. Je ne dis pas qu'on ne puisse pas simplifier. Mais je sais que ce n'est pas la voie, que la voie de la domination d'un parti sur les autres n'est pas la bonne. Surtout que nous sommes en 5e République. La 4e République s'est perdue dans l'explosion perpétuelle et généralisée. Comme c'était au Parlement que cela se passait, qu'il y avait des groupes antagonistes au Parlement, aucune décision n'arrivait à être prise. C'est la raison pour laquelle le 49-3 a été inventé, à très juste titre, et c'est une faute pour moi incroyable qu'on ait laissé dévaluer le 49.3 qui n'est pas autre chose qu'une précaution contre l'explosion généralisée et perpétuelle. Et donc cette idée-là, d'une démocratie qui non seulement accepte, mais souhaite que personne n'ait la domination absolue, est corrigée par la 5e République, c'est à dire qu'il y a au sommet, un élu du peuple, le Président de la République, qui lui peut être à la fois inspirateur et arbitre. Ce message pourrait être interprété comme personnel. Je n'arrive pas à croire que l'affirmation de l'omnipotence soit la résultante de l'élection au suffrage universel du Président de la République. Raison pour laquelle je suis pour qu'il y ait un gouvernement de plein exercice, pour qu'il y ait une majorité, un Parlement fort, enfin toute chose dont on est pas sûrs qu'elle soit aujourd'hui

dans tous les esprits. Il y a derrière ça une idée que je crois, moi, fondamentale, qui est assez proche de la liberté d'entreprendre qui est que si vous vous remettez à une source unique pour penser, vouloir, les innovations en économie, en science, en industrie comme en politique, c'est un échec. Si vous avez un pluralisme qui est un pluralisme organisé alors il est fécond et vous voyez surgir des demandes de la société, des expressions de la société, qui permettent de franchir des pas qu'autrement vous n'auriez pas franchis. Et donc je trouve que l'équilibre de la 5e République, qui invite au pluralisme, même si on l'a oublié depuis 50 ans, et qui équilibre le pluralisme ou qui maîtrise le pluralisme par un Président de la République, personnellement élu au suffrage universel et à qui on remet des enjeux essentiels est un très bon équilibre. En France, nous n'avons rien compris à tout cela. Depuis 50 ans on ne comprend rien au jeu.

Par exemple, au Parlement : on pense que la vie parlementaire se résume à avoir une majorité qui impose ses choix à la minorité, que l'on examine un seul texte à la fois. Pourtant au Parlement européen, on examine tous les textes en même temps. Il y a des débats intéressants et nourris. Puis on vote en une seule session, un seul moment, chacun vote, individuellement, en scrutin public. Et en France, on est incapable de faire cela. Je suis pour qu'il n'y ait plus ce blocage. Cela dépend du règlement intérieur de l'Assemblée. On examine plusieurs textes en même temps et on vote une demi-journée par semaine en présence personnelle des élus, sans délégation de vote et au scrutin public. Il n'y a plus de blocage : vous votez quand le Parlement a fini d'examiner le texte.

Et comme il y a plusieurs textes examinés en même temps et qu'il n'y a qu'un certain nombre de spécialistes qui s'intéressent à la plupart des textes, vous avez dissous la thrombose parlementaire, vous avez rendu impossible l'embouteillage des textes qui est l'arme absolue des opposants pour bloquer les débats et faire chanter les gouvernements.

Comme il y a plusieurs textes en même temps, vous n'avez plus les gens qui s'écharpent en utilisant des termes qu'ils n'aimeraient pas que leurs enfants utilisent dans la cour de récréation. Donc on peut trouver d'autres modes de fonctionnement.

On peut surtout trouver une autre conception des débats nationaux. Ce n'est pas un secret : j'ai été assez fâché de la manière dont a été conduite la récente réforme des retraites. J'avais beaucoup milité pour qu'on prenne quelques mois pour obtenir une vraie information de l'opinion civique : que les citoyens soient directement et clairement informés de la situation des retraites.

Comme certains d'entre vous le savent, avec le commissariat au plan, nous avons mis sur la table les vrais chiffres, qui démontraient, alors que le Conseil d'orientation des retraites prétendait que le système des retraites était à l'équilibre et même « légèrement excédentaire », qu'il n'en était rien et que notre système de retraite était structurellement déficitaire.

Le prétendu équilibre était purement comptable et obtenu seulement parce que l'État verse chaque année des dizaines de milliards de subventions pour équilibrer les comptes.

Nous avons écrit dans notre rapport, prudemment, pour que personne ne puisse contredire, 30 milliards. 30000 millions d'euros versés tous les ans au système de retraite, dont nous n'avons pas le premier centime, milliards que nous empruntons pour équilibrer le système des retraites, ce qui fait que les pensions des retraités sont payées en les mettant sur le dos des actifs qui cotisent. Et sur le dos de la génération qui vient. On a réussi l'exploit formidable de faire manifester des étudiants pour défendre un système dans lequel ils vont laisser toute leur force de travail et en réalité toutes leurs capacités personnelles.

J'ai été stupéfait que le gouvernement ayant ces chiffres, ces chiffres ayant été établis, ne s'en soit pas servi. Il y a même des excellences gouvernementales qui ont repris cette idée d'équilibre et affirmé que désormais, le système était sauvé. Vous comprenez donc les réserves qui sont les miennes.

Moi je crois que l'on peut, et je crois qu'il n'y a aucune autre solution de sauvegarde de la démocratie, que de considérer que les citoyens à l'avenir doivent être des partenaires du pouvoir. Enrico Letta a dit ce matin ce que je pense absolument : une élection tous les 5 ans dans laquelle on considère que la personne élue peut faire ce qu'elle veut pendant 5 ans, avec la variante de Nicolas Sarkozy et quelques successeurs disant « Je l'avais dit durant la campagne, donc je suis justifié de le faire » , ceci est devenu purement et simplement impossible.

Cela ne peut plus marcher comme ça, et ça ne marchera pas comme ça.

Pour toutes les raisons du monde : autrefois, quand il y avait une manifestation, on envoyait les agents de police, s'ils cassaient quelques nez où quelques clavicules ce n'était grave pour personne car on ne les voyait pas. Mais si aujourd'hui une jeune fille de 16 ans se fait ouvrir l'arcade sourcilière et vient devant les caméras, le visage couvert de sang, le gouvernement ne peut plus gouverner, ce n'est même pas la peine qu'il essaie. Et donc il faut changer notre habitus démocratique. Je suis pour ce partenariat de tous les jours entre gouvernants et opinion civique.

J'en viens au cœur du sujet de cet après-midi.

Cette souveraineté individuelle que nous reconnaissons aux citoyens, que la démocratie reconnaît aux citoyens, elle n'a de sens que s'il y a une souveraineté de nation.

Et il ne peut plus y avoir une souveraineté de nation si nous ne construisons pas cette souveraineté communautaire autour de valeurs de civilisation qui sans cela n'auraient strictement aucune chance de s'imposer. On a eu un grand nombre d'exemples ce matin. L'Union européenne, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, est partie prenante essentielle, centrale, de l'idée que je me fais de la souveraineté parce que si nous sommes seuls, isolés, nous sommes impuissants et il n'y a pas de souveraineté possible. L'exemple que François-Xavier Bellamy donnait ce matin sur les entreprises de réseau téléphonique : bien sûr, si on choisit le cadre national, on a 12,15,18 entreprises, tandis que les Chinois et les Américains en ont trois. Et donc, si on n'est pas capables de voir que notre destin se joue dans cet ensemble, dans cette communauté (j'avais dit autrefois, au début de mes engagements : la nation est une communauté de destin et l'Europe est une communauté de civilisation) nous échouons. C'est dans la communauté de civilisation que se joue notre destin aujourd'hui au moins autant. Il y a plein de dimensions, et la dimension la plus essentielle pour moi, c'est une souveraineté qui soit une garantie contre l'exercice sommaire de la force.

Je reprends la question qui a été posée ce matin par l'extraterritorialité du droit américain. La décision de 2014, qui a fait que la BNP s'est trouvée frappée, si je me souviens bien de 10 milliards d'amende, a entraîné des conséquences irrésistibles, dont nous pâtissons directement. Le jour où les États-Unis ont décidé des sanctions contre l'Iran, la BNP, Total, Peugeot, ont déménagé dans les 15 jours. En 2 semaines c'était terminé.

Si nous ne sommes pas capables de faire de cette entité de civilisation une entité politique, en respectant les identités de chacun (personne ne peut se targuer d'être plus que moi partisan des identités toscane, pyrénéenne, française), y compris nos traditions constitutionnelles auxquelles je crois, nous ne réussirons pas à construire quelque chose en commun, alors nous n'aurons aucune chance de sauvegarder notre liberté en tant que nation et notre identité en tant que société. Et c'est vrai que les deux dernières années, nous avons vécu avec l'agression de Moscou contre l'Ukraine un enchaînement de causes et de conséquences, géopolitiques, diplomatiques, économiques, monétaires, une révolution qu'aucun d'entre nous n'aurait pu imaginer, n'aurait pu sentir venir.

Si nous ne choisissons pas cette solidarité, nous échouons.

Mais si nous le faisons, si nous décidons d'instaurer ce nouveau partenariat entre pouvoirs et citoyens, alors nous donnerons un vrai sens à l'idéal de citoyenneté, nous permettrons cet exercice de conscience et de responsabilité qui est la substance même de la démocratie.