

N° 592

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2021-2022

Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mars 2022

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la mission d'information (1) sur le thème : « La **judiciarisation** de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? »,*

Présidente

Mme Cécile CUKIERMAN,

Rapporteur

M. Philippe BONNECARRÈRE,

Sénatrice et Sénateur

(1) Cette commission est composée de : Mme Cécile Cukierman, *Présidente* ; M. Philippe Bonhecarrère, *Rapporteur* ; Mme Agnès Canayer, M. Stéphane Le Rudulier, Mme Marie-Pierre de La Gontrie, MM. Jean-Yves Leconte, Alain Richard, Jean-Yves Roux, Franck Menonville, Mme Mélanie Vogel, *Vice-Présidents* ; Mmes Elsa Schalck, Dominique Vérien, *Secrétaires* ; MM. Philippe Bas, Bruno Belin, Étienne Blanc, Jean-Baptiste Blanc, Mme Alexandra Borchio Fontimp, MM. François-Noël Buffet, Alain Duffourg, Mme Dominique Estrosi Sassone, MM. Jean-Luc Fichet, Pascal Martin, Claude Raynal.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
L'ESSENTIEL.....	7
LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS.....	13
AVANT-PROPOS	17
I. LA MONTÉE EN PUISSANCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL A EU DES EFFETS AMBIVALENTS SUR LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE DÉMOCRATIE.....	21
A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL	22
1. <i>Un juge acteur du processus normatif dont le rôle s'est renforcé au cours des dernières décennies.....</i>	<i>22</i>
a) Une extension continue du contrôle du juge	22
b) Un contrôle du juge qui a gagné en intensité	23
c) De nouveaux outils qui placent le juge au contact direct de l'action publique	26
d) Un pouvoir prétorien du juge consubstantiel à sa mission	28
e) La protection des droits fondamentaux ouvre de larges espaces d'interprétation au juge.....	30
f) Un double contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité marquant la fin de la suprématie de la loi.....	31
2. <i>La montée en puissance du droit international et européen</i>	<i>35</i>
a) Le droit européen irrigue la législation française.....	35
b) La Cour de justice de l'Union européenne, « gardienne des promesses de l'Union européenne »	40
c) La Cour européenne des droits de l'Homme, arbitre des questions de société	43
3. <i>La tendance à la pénalisation de la vie politique.....</i>	<i>46</i>
a) Un phénomène qui a trouvé une nouvelle actualité.....	46
b) Les éléments propres à cette deuxième vague de pénalisation	47
c) Un risque de paralysie de l'action publique ?.....	48
4. <i>Un pouvoir illégitime et sans contrôle ?</i>	<i>50</i>
a) Des jurisprudences difficiles à remettre en cause.....	50
b) L'interaction des juridictions	51
B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ.....	53
1. <i>Un juge capable de prendre des décisions pragmatiques qui lui sont parfois reprochées</i>	<i>53</i>
a) Pendant la crise sanitaire, une prise en compte des circonstances exceptionnelles qui a pu être reprochée au juge.....	53
b) De longue date, le développement d'une jurisprudence pragmatique pour éviter d'entraver l'action publique	57
2. <i>Une pénalisation parfois spectaculaire mais qui aboutit à peu de condamnations</i>	<i>60</i>
a) Le bilan modeste de l'activité de la Cour de justice de la République.....	60
b) Des poursuites contre les élus locaux qui semblent orientées à la baisse.....	62
c) Un écho médiatique et des conséquences politiques qui peuvent en revanche être importants.....	63
3. <i>Droit européen : des crispations finalement ponctuelles ?</i>	<i>64</i>
a) La CEDH déclare irrecevables la plupart des requêtes qui lui sont adressées	64
b) Des tensions circonscrites avec la CJUE.....	65

C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE.....	68
1. La plupart de ces changements ont été démocratiquement décidés.....	68
2. Dans les démocraties modernes, le pouvoir de la majorité est limité par l'État de droit.....	69
3. Ce sont les citoyens qui saisissent le juge : une tension entre la défense des droits de l'individu et la poursuite de l'intérêt général ?.....	71
a) Une activité soutenue des juridictions	72
b) La judiciarisation résulte de mutations sociales profondes.....	74
c) Une conséquence de la crise démocratique ?	76
d) Défense des droits individuels et poursuite de l'intérêt général	77
4. Des excès à corriger pour préserver l'efficacité de l'action publique.....	79
a) Certaines décisions du juge sont contestées lorsqu'elles paraissent, en opportunité, se substituer aux pouvoirs publics	79
b) Une action publique fragilisée par certaines décisions du juge	84
(1) Les choix du législateur sont très encadrés en matière migratoire.....	85
(2) Un conflit de juridictions sur la conservation des données personnelles.....	86
(3) La CJUE et la disponibilité des forces armées.....	89
II. FACE À CE POUVOIR RENFORCÉ DES JURIDICTIONS, DE NOUVELLES INSTANCES DE RÉGULATION DOIVENT ÊTRE INVENTÉES	92
A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE	92
1. Améliorer la qualité et l'effectivité des textes.....	92
a) L'inflation normative n'est pas sans conséquence sur la fonction de juger.....	92
b) La recherche d'une plus grande autodiscipline.....	93
c) Mieux encadrer le recours aux ordonnances.....	95
d) Reconnaître à certains parlementaires un intérêt à agir en excès de pouvoir dans des domaines délimités	96
2. Sur le droit pénal en particulier	97
a) Sur la définition des infractions.....	98
b) Sur la procédure	100
c) Reconnaître la responsabilité pénale de l'État ?.....	101
3. Sur le droit européen	102
a) Les limites du contrôle de subsidiarité	102
b) Renforcer le contrôle de subsidiarité.....	107
c) Défendre la mise en place de recommandations annuelles du Sénat sur le programme de travail de la Commission européenne et d'un « carton vert »	112
B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE.....	115
1. Séparation des pouvoirs ne signifie pas ignorance mutuelle	115
a) La perspective d'un retour en arrière est peu convaincante.....	116
b) Prendre acte du fait que les juridictions prennent parfois des décisions politiques.....	116
c) Le dialogue produit des résultats	117
2. Enrichir le processus de décision juridictionnel	120
a) Faire connaître le point de vue de la représentation nationale.....	120
b) Valoriser l'expertise des parlementaires.....	125
c) Une procédure ouverte à l'ensemble des parties prenantes	127
3. Favoriser un dialogue interinstitutionnel plus nourri	128
a) Mieux expliquer le sens des décisions de justice.....	128
b) Des juridictions qui rendent compte de leur action	130
c) Créer des moments de réflexion partagée avec le Conseil constitutionnel.....	133
d) Envisager l'audition des juges français à la CJUE.....	134

C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE	135
1. Concilier indépendance et reddition des comptes : un office du juge responsable	136
a) Intégrer les questions d'autorégulation et la prise en compte de l'intérêt général à la formation des magistrats	136
b) Veiller à la diversité des profils dans les recrutements et les nominations	137
c) Moderniser les conditions de la responsabilité des magistrats judiciaires	137
d) Faire aboutir la révision constitutionnelle relative au statut des magistrats du parquet	139
2. Rechercher un meilleur partage entre responsabilité pénale et responsabilité politique	140
3. L'identité constitutionnelle de la France, arme de dissuasion contre d'éventuels empiètements du droit européen.....	143
a) Une notion dégagée par le Conseil constitutionnel.....	143
b) Simple instrument d'articulation fonctionnel entre les ordres juridiques ou « arme de dissuasion » à l'égard du droit européen ?.....	146
4. Le pouvoir politique doit reprendre l'initiative en cas de désaccord	148
a) Vis-à-vis des juridictions nationales.....	149
b) Vis-à-vis des juridictions européennes	151
c) Dans les rapports avec le Conseil constitutionnel	152
d) Des propositions plus radicales écartées	155
e) Une invitation à donner un nouveau souffle à notre démocratie.....	156
EXAMEN EN COMMISSION (MARDI 29 MARS 2022).....	157
RÉUNION CONSTITUTIVE (MERCREDI 15 DÉCEMBRE 2021)	171
COMPTES RENDUS DES AUDITIONS DE LA MISSION D'INFORMATION	179
• Audition de M. Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel	179
• Audition de M. Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel	186
• Audition de MM. Antoine Garapon, magistrat, docteur en droit, ancien secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice, et Philippe Raynaud, professeur des universités, professeur émérite en sciences politiques de l'Université Paris II Panthéon-Assas	199
• Audition de Mme Pascale Joannin, directrice générale de la Fondation Robert Schuman, et M. Jacques Ziller, professeur de droit européen à l'université de Pavie, ancien professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne	210
• Audition de spécialistes de droit public et de droit constitutionnel : MM. Paul Cassia, professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Jean-Philippe Derosier, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Lille, Bertrand Mathieu, conseiller d'État en service extraordinaire, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Dominique Rousseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po.....	223
• Audition de Mme Angelika Nussberger, professeure de droit constitutionnel à l'Université de Cologne, ancienne juge à la Cour européenne des droits de l'homme, et M. Mattias Wendel, professeur de droit public à l'Université de Leipzig.....	244
• Audition de MM. Dominique Pauthe, président, Christian Pers, président de la commission des requêtes, et Mme Janine Draï, présidente de la commission d'instruction, de la Cour de justice de la République	259

• Audition de Mme Cécile Guérin-Bargues, professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas, auteur de « Juger les politiques ? La Cour de justice de la République » et « Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis) »	276
• Audition de M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, président de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 »	286
• Audition de M. Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État	300
• Audition de M. Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut	315
• Audition consacrée au droit européen de M. Baptiste Bonnet, professeur de droit public à l'université Jean Monnet de Saint-Étienne, université de Lyon, doyen de la faculté de droit, Mmes Laurence Burgogue-Larsen, professeure de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, Diane Fromage, chercheuse individuelle Marie Sklodowska-Curie à Sciences Po et Hélène Gaudin, professeure de droit public à l'université Toulouse I Capitole	328
• Audition de M. Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État, juge français à la Cour de justice de l'Union européenne.....	354
 LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR	 367
 PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À LA COUR DE CASSATION	 371
 ANNEXE : CONTRIBUTIONS ÉCRITES DES GROUPES POLITIQUES	 373

L'ESSENTIEL

Alors qu'approchent d'importantes échéances électorales, un grand nombre de nos concitoyens ont le sentiment que leur vote n'a que peu de portée car le pouvoir politique leur semble ne plus avoir de prise sur les événements. Ce sentiment s'explique, pour partie, par la perception que le politique serait **dépossédé de son pouvoir de décision**, et **entravé dans sa capacité d'action, par la place prise par les juges nationaux et européens**.

Des décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont remis cette question au premier plan de l'actualité. En parallèle, les perquisitions effectuées chez certains ministres mis en cause pour leur gestion de la crise sanitaire, toujours en cours, alimentent la crainte d'une « paralysie » de l'action publique en raison du « risque pénal » encouru par les décideurs publics. Mais cette actualité renvoie à une interrogation plus ancienne : depuis plusieurs décennies, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, celle des cours européennes, celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ont tissé un ensemble de règles contraignantes, alimentant parfois l'accusation, polémique, du « gouvernement des juges ». Il en résulte une défiance du monde politique vis-à-vis des juges, tandis que les magistrats expriment fréquemment l'impression d'être déconsidérés. Ce manque de confiance mutuelle n'est pas sain pour notre démocratie.

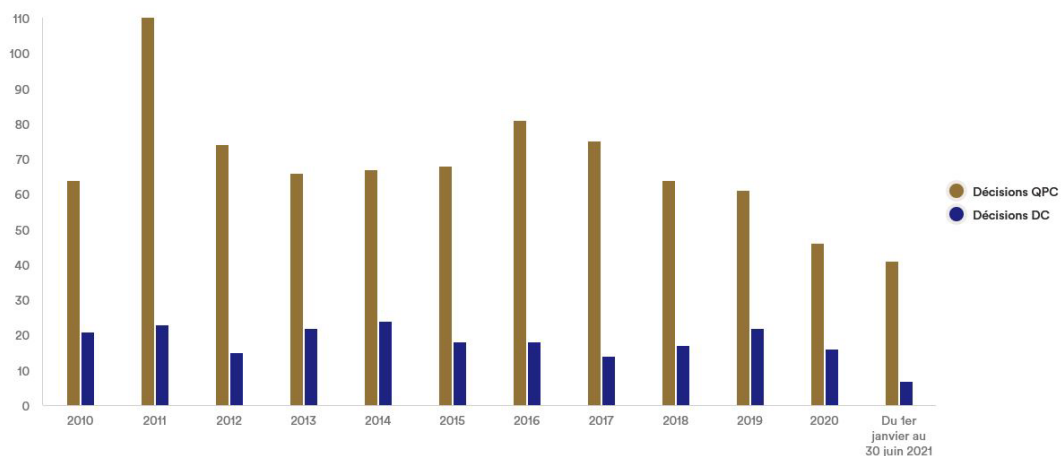
Ce contexte a conduit le Sénat à mettre en place, à la demande du groupe de l'Union centriste, une mission d'information qui a travaillé, pendant trois mois, pour poser un diagnostic précis sur ce phénomène de « judiciarisation » de la vie publique, en évaluer les effets sur notre démocratie et sur la capacité des pouvoirs publics à mener des politiques publiques efficaces, enfin pour formuler des propositions afin de surmonter les tensions ou les incompréhensions qui ont pu se faire jour.

I. LA MONTÉE EN PUISSANCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL A EU DES EFFETS AMBIVALENTS SUR LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE DÉMOCRATIE

A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL

Plusieurs évolutions ont accru les pouvoirs du juge au cours des dernières décennies. Parmi les plus notables, on peut noter le développement du **contrôle de constitutionnalité**, qui a pris un nouvel essor avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2008 (cf. le graphique page suivante) ; l'extension et l'approfondissement du contrôle exercé par le **juge administratif** ; la création de procédures de **référé** qui placent le juge administratif au contact direct de l'action publique ; enfin le développement du contrôle de **conventionnalité** dans un contexte de développement du **droit européen**.

NOMBRE DE DÉCISIONS DC ET QPC DEPUIS 2010



Source : bilan statistique du Conseil constitutionnel

Ce pouvoir renforcé assumé par le juge est indissociable d'une **transformation du droit** : à la suprématie de la loi s'est substitué un droit pluriel, aux articulations complexes, qui donne plus de marges de manœuvre au juge. La France n'est plus un pays légicentré : le droit se construit en grande partie en-dehors de la loi, devenue un énoncé plus fragile et précaire, ce qui pose, par ricochet, la question des pouvoirs du Parlement, ainsi que celle de l'inflation législative et de la qualité de la loi.

B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont en effet souligné que les juridictions étaient capables de faire preuve d'un **pragmatisme** qui leur était parfois reproché. Les organisations professionnelles représentatives des magistrats administratifs ont fait observer que la principale critique qui leur était adressée était de se situer trop souvent du côté de l'administration, rarement d'entraver l'action publique ! Le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État ont démontré pendant la crise sanitaire qu'ils étaient capables

de tenir compte des circonstances exceptionnelles que traversait le pays, validant la plupart des décisions prises par le législateur comme par l'exécutif.

Concernant la **Cour de justice de la République** (CJR), si le nombre de plaintes reçues est élevé, le filtre assuré par la commission des requêtes remplit son rôle, aboutissant au classement sans suite des plaintes infondées. Depuis sa création en 1993, la Cour ne s'est réunie qu'à **sept reprises** et quatre peines seulement ont été prononcées. Un tel niveau d'activité conduit à douter que la Cour ait pu exercer une emprise sur le pouvoir politique. Concernant les élus locaux, les données disponibles, parcellaires, suggèrent de plus que les poursuites engagées à leur encontre sont orientées à la baisse depuis cinq ans.

C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE

La montée en puissance des juridictions a d'abord permis un **approfondissement de la protection des droits fondamentaux et l'affermissement de l'État de droit**. Dans les démocraties modernes, la majorité n'a pas vocation à exercer un pouvoir illimité mais à agir dans le respect des droits du citoyen et de ceux de la minorité. Les citoyens, les associations, saisissent la justice pour faire valoir leurs droits mais aussi pour faire avancer certaines causes, par exemple en matière de lutte contre le changement climatique.

Cependant, **la volonté de toujours mieux protéger les droits fondamentaux peut parfois compromettre la capacité de mener des politiques publiques efficaces au service de l'intérêt général**. L'arrêt *Quadrature du Net*, rendu par la CJUE le 6 octobre 2020, a par exemple limité la possibilité de conserver les données de connexion au nom du droit à la protection des données personnelles. Même si la Cour en a autorisé la conservation en cas de menace grave pour la sécurité nationale, les critères qu'elle a définis paraissent peu opérationnels, ce qui suscite des inquiétudes pour la conduite des enquêtes pénales et pour la lutte antiterroriste. Dans l'arrêt *B.K. contre Slovaquie* du 15 juillet 2021, la CJUE a affirmé que les militaires étaient soumis, avec des aménagements, à la directive sur le temps de travail, ce qui a soulevé des inquiétudes concernant la disponibilité de nos forces armées.

D'autres décisions de justice sont critiquables parce qu'elles donnent l'impression que le juge substitue son appréciation à celle du pouvoir politique. Ainsi le Conseil d'État a-t-il suspendu en juin 2021 la réforme de l'assurance chômage au motif que les conditions sur le marché du travail n'étaient pas réunies pour atteindre l'objectif poursuivi par le Gouvernement. Dans sa décision QPC du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a consacré un principe de fraternité, qui n'a que peu de base textuelle dans la Constitution pour faire obstacle à la volonté du législateur d'interdire l'aide à la circulation des personnes en situation irrégulière sur le territoire.

II. FACE À CE POUVOIR RENFORCÉ DES JURIDICTIONS, DE NOUVEAUX MÉCANISMES DE RÉGULATION DOIVENT ÊTRE INVENTÉS

Pour la mission, **les juridictions exercent bien un pouvoir et elles tranchent des questions de nature politique**. Plutôt que de tenter de revenir sur cet état de fait, ce qui pourrait menacer notre État de droit ainsi que l’acquis de soixante-cinq ans de construction européenne, elle a réfléchi aux nouveaux mécanismes de régulation qui pourraient être mis en place. Elle a identifié trois axes d’action.

A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE

Une plus grande **autodiscipline** du législateur comme de l’exécutif est nécessaire, notamment en matière pénale. Le Sénat n’accepte plus que de manière exceptionnelle les demandes de rapport adressées au Gouvernement ; il devrait, de même, résister à la tentation de créer une nouvelle infraction à chaque fois que survient un événement médiatique. La mission propose également de mieux encadrer le recours aux **ordonnances** et elle suggère que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de la qualité des **études d’impact** annexées aux projets de loi, ce qui obligerait le Gouvernement à consacrer plus de temps à leur élaboration.

Concernant le droit européen, la mission recommande de renforcer le contrôle de **subsidiarité**, le cas échéant, si un texte s’y prête, en déposant un recours devant la CJUE comme le permet l’article 88-6 de la Constitution. Surtout, il importe que les parlements nationaux **influencent davantage la conception des textes européens** en amont de leur adoption : le Sénat comme l’Assemblée nationale pourraient adopter chaque année des **recommandations sur le programme de la Commission** et un mécanisme de « **carton vert** » mériterait d’être officialisé afin de formaliser leur apport à l’élaboration de la législation européenne.

B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE

Un dialogue exigeant avec les juridictions, **dans le respect de leur indépendance**, peut les amener à infléchir leur jurisprudence. Les universitaires entendus par la mission ont par exemple souligné que la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH), après une période marquée par des décisions audacieuses (1975-2010), était revenue à une approche plus prudente après que les États ont réaffirmé la nécessité de respecter les marges nationales d’appréciation.

En premier lieu, les parlementaires pourraient user de la faculté d’adresser au Conseil constitutionnel des **contributions** afin de faire connaître leur point de vue sur la loi déférée. Des tierces interventions sont également possibles devant la CEDH. Sur des sujets majeurs, la

représentation nationale pourrait ainsi faire connaître ses analyses et partager ses préoccupations. L'expertise des parlementaires pourrait aussi être davantage sollicitée dans le cadre d'une procédure d'*amicus curiae*.

Des **conseils de juridiction**, au niveau local comme au niveau national, pourraient constituer une instance adaptée pour des échanges avec les élus mais aussi avec tous les acteurs de la vie de la Cité. A l'occasion de la publication de leur rapport annuel, le Premier président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'État pourraient être conviés à venir s'exprimer devant le Parlement, comme c'est déjà le cas pour le Premier président de la Cour des comptes. Un espace de dialogue pourrait être envisagé avec le Conseil constitutionnel, soit sous la forme d'une présentation du rapport annuel au Parlement soit sous de façon plus informelle (séminaire par exemple).

Enfin, la mission est favorable à la mise en œuvre de la proposition contenue dans le rapport « Cour de cassation 2030 » tendant à créer une **procédure interactive ouverte** sur les affaires à fort enjeu : cela permettrait à la juridiction de mieux appréhender l'ensemble des dimensions du problème qui lui est soumis, tout en faisant œuvre de pédagogie auprès du grand public.

C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE

La mission plaide enfin pour que les juridictions exercent leur pouvoir avec retenue, ce qui suppose une prise de conscience de la part des magistrats et une forme d'**autorégulation**. Leur formation initiale devrait être l'occasion de les sensibiliser d'emblée à ces enjeux.

Pour remédier à la tendance à la « pénalisation » de la vie politique, la mission soumet deux pistes de réflexion : d'abord, une réforme de la CJR qui confierait le contentieux de la responsabilité pénale des ministre au tribunal de Paris et ferait siéger des parlementaires au sein de la commission des requêtes ; ensuite une reconnaissance de la **responsabilité pénale de l'État**, qui permettrait un jugement sans nécessairement mettre en cause une personne physique dans des affaires où le processus de prise de décision a été complexe.

Dans les rapports avec l'Union européenne, la mission souligne l'importance de la notion d'**identité constitutionnelle de la France** comme élément essentiel dans le dialogue avec l'Union européenne.

Comme par un phénomène de « vases communicants », la place prise par les juridictions est souvent le reflet des insuffisances de l'action politique. Elle constitue donc une invitation à **intensifier le contrôle de l'action du Gouvernement**, notamment par la création de commissions d'enquête, et à **revivifier notre démocratie**, en recourant par exemple aux outils de la démocratie participative ou en faisant usage du référendum.

LISTE DES PRINCIPALES PROPOSITIONS

Se saisir pleinement des outils existants

Un meilleur contrôle de la qualité de production normative

1. Préciser dans les lois de programmation ce qui relève d'un caractère normatif ou non.
2. Ne pas s'interdire, si un dossier s'y prête, d'engager **un recours devant la CJUE pour violation du principe de subsidiarité** (article 88-6 de la Constitution).
3. Renforcer le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne en intervenant le plus en amont possible, afin de donner vie au principe posé à l'article 12 du traité sur l'Union européenne selon lequel « *les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union* ».

*Instituer de nouveaux espaces de dialogue
entre la Justice et le Parlement*

4. Se saisir de la possibilité pour les parlementaires auteurs d'une saisine *a priori* **d'être entendus par le Conseil constitutionnel** et, pour tous les parlementaires, de **faire valoir des observations écrites sur la loi déferée**.
5. Faire usage, dans des affaires majeures, de la possibilité offerte aux présidents des assemblées d'adresser des observations au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une procédure QPC.
6. Sur des affaires de grande importance, faire parvenir des observations à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans le cadre d'une « *tierce intervention* ».
7. Associer le Parlement à l'élaboration des positions défendues par la France dans les contentieux examinés par la CJUE qui présentent un caractère stratégique.
8. Encourager le recueil par le Conseil d'État et la Cour de cassation de l'analyse des parlementaires dans le cadre de la procédure d'*amicus curiae*.
9. Poursuivre le recours à une motivation « *enrichie* » accompagnée d'une communication pédagogique pour toutes les affaires qui s'y prêtent en cassation.

Exercer le pouvoir juridictionnel avec retenue

10. Revivifier la notion de responsabilité politique en intensifiant le contrôle exercé par le Parlement, notamment via les commissions d'enquête.
11. Encourager le recours à une formation de jugement collégiale devant la juridiction administrative pour les affaires en référé aux enjeux les plus importants.
12. Avoir toujours en tête, sans avoir à le dire, que l'identité constitutionnelle de la France est un élément essentiel dans le dialogue mené avec l'Union européenne.

Se doter de nouveaux outils de régulation

Un meilleur contrôle de la qualité de la production normative

13. **Mieux encadrer le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution.**
14. Donner à certains parlementaires un intérêt à agir en excès de pouvoir contre certains actes réglementaires pour renforcer le contrôle par le Parlement de l'application des lois.
15. Dans le cadre de la révision du protocole n°2 relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, demander l'allongement des délais fixés aux parlements nationaux pour qu'ils procèdent au contrôle de subsidiarité d'un projet d'acte législatif (de huit à dix semaines) et l'abaissement des seuils requis pour atteindre le « carton jaune » (par exemple un quart des voix attribuées aux Parlements nationaux au lieu d'un tiers).
16. **Prévoir l'adoption par le Sénat et par l'Assemblée nationale de recommandations annuelles à destination du Gouvernement et des institutions de l'Union européenne, définissant ses priorités législatives européennes** sur la base de l'examen du programme de travail de la Commission européenne.
17. Formaliser à l'occasion d'une révision des traités un droit d'initiative sur les projets d'actes de l'Union européenne par **l'instauration d'un « carton vert ».**

*Instituer de nouveaux espaces de dialogue
entre la Justice et le Parlement*

18. Mettre en œuvre la proposition du rapport « Cour de cassation 2030 » d'organiser une « *procédure interactive ouverte* » pour les affaires à fort enjeu sur lesquelles doit statuer la Cour de cassation.
19. Faire du conseil de juridiction, local et national, une véritable instance de dialogue et de concertation avec les élus et avec la cité.
20. **Organiser une présentation au Parlement du rapport annuel de la Cour de cassation et du Conseil d'État.**

21. Envisager l'audition des candidats aux fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne par les commissions compétentes du Sénat et de l'Assemblée nationale avant leur nomination.

Exercer le pouvoir juridictionnel avec retenue

22. Faire bénéficier tous les magistrats au titre de leur formation initiale des enseignements du « tronc commun » proposé par l'Institut national du service public (INSP).
23. Engager **la mise en œuvre des propositions relatives à la responsabilité des magistrats figurant dans l'avis du Conseil supérieur de la magistrature** remis au Président de la République le 24 septembre 2021.
24. Adopter la révision constitutionnelle relative au statut du parquet, dans le texte déjà voté en termes identiques par les deux assemblées.

Questions ouvertes : pistes de réflexion pour l'avenir

Un meilleur contrôle de la qualité de production normative

25. **Créer un espace de dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel** soit par la voie de la présentation du rapport annuel, soit suivant des modalités plus informelles.
26. Mener une réflexion sur **le renforcement du contrôle des études d'impact par le Conseil constitutionnel** en tant que moyen d'améliorer la qualité de la loi mais surtout de contribuer à réduire l'inflation normative
27. Débattre d'une réforme de la Cour de justice de la République qui confierait l'examen de la responsabilité pénale des ministres au **tribunal de Paris, avec un filtre assuré par une commission paritaire associant magistrats et parlementaires.**
28. Mettre en place un groupe de travail pour étudier le bien-fondé et les éventuelles modalités d'une extension de **la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de l'État.**

AVANT-PROPOS

Mesdames, Messieurs,

Un grand nombre de nos concitoyens ont aujourd'hui le sentiment que leur vote n'a que peu de portée car le pouvoir politique leur semble être devenu impuissant. Ce sentiment trouve son origine dans des phénomènes multiples, dont la mondialisation de l'économie n'est sans doute pas le moindre. Mais il s'explique aussi par la perception que le politique est en partie dépossédé de ses attributions par la place prise par les juges, nationaux et européens, qui prennent des décisions à sa place ou ont la faculté d'entraver son action.

Deux décisions récentes, prises par le juge européen, l'une concernant le temps de travail des militaires, l'autre la conservation des données de connexion, ont remis la question de la place prise par les juges au premier plan de l'actualité. Mais cette question renvoie bien sûr à une interrogation plus ancienne : depuis plusieurs décennies, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, celle des cours européennes, celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation, ont tissé un ensemble de règles qui contraignent ou restreignent l'action des pouvoirs publics, alimentant parfois l'accusation, polémique, de l'émergence d'un « gouvernement des juges ».

Il en résulte parfois une défiance du monde politique vis-à-vis des juges, alors que les magistrats expriment fréquemment, de leur côté, l'impression d'être déconsidérés. Ce manque de confiance mutuelle n'est pas sain pour notre démocratie.

Ce contexte a conduit le Sénat à mettre en place, à la demande du groupe de l'Union centriste, dans le cadre du « droit de tirage des groupes », une mission d'information composée de vingt-trois membres, issus de tous les groupes politiques, afin de travailler sur la judiciarisation de la vie publique.

Présidée par Cécile Cukierman, la mission d'information, dont le rapporteur est Philippe Bonnecarrère, a souhaité poser un diagnostic précis, d'abord pour évaluer la place des juridictions dans la production de la norme et dans la prise de décision publique, puis pour en apprécier les effets sur le fonctionnement de notre démocratie ainsi que sur la capacité des pouvoirs publics à mener des politiques publiques efficaces.

La mission s'est également intéressée à la tendance à la « pénalisation » de la vie politique, qui consiste à rechercher la responsabilité pénale des décideurs publics pour des faits qui auraient autrefois donné lieu à une mise en jeu de leur responsabilité politique ou à un contrôle par le juge administratif. La perception d'un « risque pénal » peut aussi être un facteur de paralysie de l'action publique, ou en tout cas de moindre volonté d'initiative.

La mission a procédé à l'audition de vingt-sept personnes, notamment des magistrats et des universitaires, au cours de ses treize réunions plénières, organisées entre le début du mois de janvier et le début du mois de mars 2022. En complément, une douzaine d'auditions organisées par le rapporteur, et ouvertes à l'ensemble des membres de la mission, lui ont permis de rencontrer vingt-neuf interlocuteurs, notamment les organisations professionnelles représentatives des magistrats administratifs et judiciaires, les directions des affaires juridiques de plusieurs ministères et les représentants de la profession d'avocat.

Une délégation de la mission s'est également rendue le 3 mars 2022 à la Cour de cassation où elle a rencontré les chefs de cour, ainsi que les présidents et les premiers avocats généraux de la première chambre civile, de la chambre criminelle et de la chambre sociale. Ces échanges ont permis de mieux comprendre le processus par lequel la Haute juridiction judiciaire prend ses décisions et élabore sa jurisprudence.

Les membres de la mission remercient toutes celles et ceux qui ont accepté de donner de leur temps pour l'aider à enrichir sa réflexion.

Les interlocuteurs de la mission ont été nombreux à insister sur l'approfondissement de la protection des droits fondamentaux qui a résulté du renforcement des juridictions. Plusieurs ont aussi fait valoir que le juge se voyait parfois reprocher d'exercer un contrôle insuffisamment rigoureux, par exemple au moment de la crise sanitaire où les juridictions ont justifié la plupart des mesures prises par les pouvoirs publics au nom des circonstances exceptionnelles, invitant la mission à dresser un tableau nuancé de la judiciarisation et de ses effets.

Il ressort également des travaux de la mission que le rôle nouveau assumé par le juge est indissociable d'une transformation du droit : à la suprématie de la loi s'est substitué un droit pluriel, aux articulations complexes, qui donne plus de marges de manœuvre au juge. La France n'est plus un pays légicentré. Le droit se construit en grande partie en-dehors de la loi, devenue un énoncé plus fragile et précaire, ce qui pose par ricochet la question des pouvoirs du Parlement dans le système institutionnel, ainsi que celle de l'inflation législative et de la qualité de la loi.

La judiciarisation trouve sa source dans des évolutions sociales profondes – les citoyens se tournent plus souvent vers le juge pour régler les litiges du quotidien et il n'y a pas de raison que le champ des politiques

publiques fasse exception – mais elle trouve aussi sa source dans les déséquilibres de notre système institutionnel et dans la crise de la démocratie. L'affaiblissement des modes d'expression traditionnels et la prise de distance avec l'action politique conduisent nombre de nos concitoyens à se tourner vers les tribunaux pour faire avancer les causes qui leurs sont chères. Le juge se trouve ainsi devoir arbitrer les questions variées qui lui sont posées dans une société qui connaît des mutations rapides à caractère technologique ou dans le champ social et qui est traversée de questionnements éthiques.

La mission est arrivée à la conclusion que les juridictions exercent bien un pouvoir et qu'elles tranchent des questions de nature politique. Plutôt que de tenter de revenir sur cet état de fait, ce qui pourrait menacer notre État de droit ainsi que l'acquis de soixante-cinq ans de construction européenne, elle a réfléchi aux nouveaux mécanismes de régulation et aux nouveaux espaces de dialogue entre les pouvoirs qui pourraient être mis en place pour surmonter les tensions et les incompréhensions qui se font encore jour.

Il apparaît aujourd'hui essentiel que les juges et les politiques apprennent à mieux se connaître et à développer de nouvelles habitudes de travail pour œuvrer ensemble à la définition et à la mise en œuvre de politiques publiques au service de l'intérêt général.

I. LA MONTÉE EN PUISSANCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL A EU DES EFFETS AMBIVALENTS SUR LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE DÉMOCRATIE

Le rôle du juge et de la justice s'apprécie, dans le modèle français, à l'aune du **dualisme juridictionnel** qui le caractérise.

Les deux ordres de juridiction bénéficient aujourd'hui de la **même garantie constitutionnelle d'indépendance**, la juridiction judiciaire sur le fondement de dispositions expresses de la Constitution¹ ; la juridiction administrative par l'effet d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), dégagé par le Conseil constitutionnel².

Pour autant, **soucieux de l'équilibre des pouvoirs**, conformément à la théorie de Montesquieu selon laquelle « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir* »³, le **pouvoir politique a, de longue date, encadré le rôle des juges par la loi.**

Ainsi, la loi fondatrice des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire **interdit aux tribunaux de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif »**, de faire des « *règlements* » et « *à peine de forfaiture* », de « *troubler les opérations des corps administratifs* » et prescrit que les « *fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* », marquant une **stricte séparation des pouvoirs.**

La question de la « *judiciarisation de la vie publique* », ou du **rôle des juges dans la création de la norme et dans la mise en œuvre de l'action publique** est une **question ancienne**, dont l'actualité est aujourd'hui **renouvelée.** Le **renforcement d'un pouvoir juridictionnel**, traduisant notamment la **volonté de protéger les droits fondamentaux**, est incontestable, notamment dans un contexte de **montée en puissance du droit international.** Il ne doit toutefois **pas être surestimé.** Pour autant, **certains excès peuvent entraver l'action publique.**

¹ L'article 64 de la Constitution consacre le principe de « l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

² Le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, loi portant validation d'actes administratifs : « qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ».

³ De l'esprit des lois, Livre XI, chapitre IV, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu.

A. UN INCONTESTABLE RENFORCEMENT D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL

S'il est certain que « *l'autorité des juges s'accroît dans le monde aujourd'hui* », comme l'indiquait Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil État et membre de l'Institut, les conclusions qui sont tirées de ce constat diffèrent.

Plusieurs interlocuteurs de la mission – notamment Bertrand Mathieu, professeur de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel et Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel – estiment que **l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est en passe d'être rompu au bénéfice du pouvoir du juge** qui s'étendrait au point d'empiéter sur les prérogatives du politique.

Pour autant, comme le reconnaît Bertrand Mathieu, si cette évolution peut entraîner un **affaiblissement du pouvoir législatif**, elle traduit aussi un **approfondissement de l'État de droit**.

1. Un juge acteur du processus normatif dont le rôle s'est renforcé au cours des dernières décennies

a) Une extension continue du contrôle du juge

Reconnu dès les années 1950 par le Conseil d'État tant pour les **actes administratifs**¹ que pour les **décisions juridictionnelles**², le **droit au recours** est définitivement consacré en 1996 par le Conseil constitutionnel sur le **fondement de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen**, selon lequel « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* », dont il résulte « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »³.

Dans ce contexte, **peu d'actes administratifs échappent aujourd'hui au contrôle du juge**.

Le Conseil d'État a récemment **étendu la liste des actes de l'administration de « droit souple » susceptibles de recours**, renforçant l'exigence de rigueur dans leur rédaction. Tous les « *documents de portée générale* » émanant d'**autorités publiques**, matérialisés ou non, peuvent désormais être contestés lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des « *effets*

¹ Conseil d'État, Assemblée, 17 février 1950, Dame Lamotte c/ Ministre de l'agriculture, n° 86949.

² Conseil d'État, Assemblée, 7 février 1947, Bernard d'Aillières, n° 79128.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 sur la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, considérant 83.

notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre»¹. Alors que seules les **circulaires ou instructions** contenant des « *dispositions impératives à caractère général* » étaient jusqu'alors concernées², s'y ajoutent désormais les **recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif**, notamment si elles ont un **caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices**.

Nombreuses sont également les **mesures d'ordre intérieur**, traditionnellement insusceptibles de recours au nom du respect de l'ordre public dans des lieux fermés tels que les écoles, hôpitaux, casernes ou prisons, qui **peuvent progressivement depuis les années 1990 être déférées au juge de l'excès de pouvoir**³, compte tenu notamment de leurs conséquences pour les droits des intéressés ou si elles portent atteinte à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux⁴.

Enfin, la **catégorie des actes de Gouvernement est aujourd'hui résiduelle**, et ne concerne que des décisions qui intéressent les **rapports entre institutions politiques**, par exemple la décision de publier un rapport parlementaire⁵ ou la dissolution de l'Assemblée nationale⁶, ou celles **non détachables des relations internationales**⁷, qui se réduit au fur et à mesure de l'intégration croissante du droit international au droit national.

b) Un contrôle du juge qui a gagné en intensité

Le contrôle du juge a gagné en étendue mais aussi en intensité.

Historiquement **restreint**, le contrôle du juge administratif était limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁸. L'intensité du contrôle du juge administratif n'a cessé de s'approfondir jusqu'à devenir un **contrôle dit « normal » ou « entier »**. La limitation d'une liberté, par une mesure de police administrative par exemple, fait l'objet d'un **entier contrôle de proportionnalité depuis l'arrêt Benjamin**⁹ par lequel le juge se livre à un « *triple test* » pour s'assurer que la mesure est « *nécessaire, adaptée et proportionnée* ».

¹ Conseil d'État, 12 juin 2020, section, n° 418142.

² Conseil d'État, section, 18 décembre 2002, Mme Duvignères, n° 233618.

³ Ne relèvent plus de cette catégorie le règlement intérieur d'un établissement scolaire (Conseil d'État, quatrième et première sous-sections réunies, 2 novembre 1992, Kherouaa, n° 130394), les sanctions des militaires et des détenus (Conseil d'État, Assemblée, 17 février 1995, Hardouin et Marie, n°s 107766 et 97754), les décisions d'affectation, de retrait d'emploi, d'application d'un régime de sécurité (Conseil d'État, Assemblée, 14 décembre 2007 Planchenault n°290420, Garde des sceaux ministre de la justice c/ Boussouar n°290730, Payet n°306432).

⁴ Conseil d'État, section, 25 septembre 2015, Mme B, n° 372624.

⁵ Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 16 avril 2010, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, n° 304176.

⁶ Conseil d'État, dixième et sixième sous-sections réunies, 20 février 1989, Allain, n° 98538.

⁷ Conseil d'État, Assemblée, 12 octobre 2018, SARL Super coiffeur, n° 408567.

⁸ Une décision est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation lorsque l'administration s'est trompée grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision.

⁹ Conseil d'État, 19 mai 1933, Benjamin, n°s 17413, 17520.

Comme l'ont indiqué les représentants des organisations syndicales de magistrats administratifs, le **contrôle de proportionnalité est dans « l'ADN » du juge administratif**. De **nombreuses décisions ou actes administratifs sont désormais soumis à ce contrôle normal**, comme les **sanctions disciplinaires infligées aux détenus** depuis un revirement de jurisprudence de 2015¹ : à l'origine considérées comme des mesures d'ordre intérieur², puis soumises à un contrôle restreint, elles font désormais l'objet d'un contrôle normal, par lequel le juge doit vérifier que la sanction prononcée n'est pas disproportionnée par rapport à la gravité des faits reprochés.

Le juge administratif opère également depuis les années 1970³ un **contrôle dit du « bilan »** par lequel il met en balance les avantages et inconvénients de certaines décisions publiques, contrôle assez peu utilisé hormis en matière d'expropriation.

Le juge administratif dispose de pouvoirs encore plus étendus dans les matières qui relèvent du **plein contentieux** (ou **contentieux de pleine juridiction**), dans lesquels il peut non seulement annuler ou valider un acte administratif mais également le **réformer voire lui en substituer un nouveau**. Il peut également **condamner l'administration au versement de dommages et intérêts**. Les matières concernées sont variées, comme le contentieux contractuel⁴, électoral⁵, fiscal⁶, celui de la protection de l'environnement⁷, des droits sociaux⁸ ou encore des sanctions administratives⁹.

Pour le **juge judiciaire, c'est le droit international**, et plus particulièrement celui de la **Cour européenne des droits de l'homme**, qui a **« directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation »**, comme l'indique Pascal Chauvin, président de la première chambre civile¹⁰. Ce contrôle peut être défini comme celui *« exercé par une juridiction et consistant à vérifier concrètement que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale ou par une norme*

¹ Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 1^{er} juin 2015, n° 38044.

² Voir supra.

³ Conseil d'État, Assemblée, 28 mai 1971, Ville Nouvelle-Est, n° 78825.

⁴ Par exemple, Conseil d'État, Assemblée, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802.

⁵ Conseil d'État, section, 16 décembre 1955, Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer.

⁶ Conseil d'État, section, Société des aciéries de Pompey du 29 juin 1962, n° 53090.

⁷ Par exemple, pour les installations classées pour la protection de l'environnement par exemple, sur le fondement de l'article L. 514-6 du code de l'environnement.

⁸ Par exemple s'agissant de l'allocation du revenu minimum d'insertion (devenu revenu de solidarité active), Conseil d'État, avis, 23 mai 2011, M^{me} Popin et M. El Moumny, n° 344970.

⁹ Conseil d'État, Assemblée, 16 février 2009, société ATOM, n° 274000.

¹⁰ Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Entretien avec Pascal Chauvin, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation, Gazette du Palais, mardi 6 décembre 2016, n° 43.

nationale au regard du but légitime poursuivi par cette règle »¹. S'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales, **la Cour de cassation a ainsi écarté en 2013 l'application de l'article 161 du code civil qui prohibe le mariage entre ascendants, descendants et les alliés dans la même ligne**, au motif que la nullité prononcée par une cour d'appel du mariage d'un homme avec son ex-belle-fille constituait une « *ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect dû à la vie privée et familiale de l'épouse* »², dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. Comme l'explique Pascal Chauvin³, la Cour de cassation a voulu éviter une éventuelle condamnation par la Cour de Strasbourg, pour qui les limitations au droit de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint « *dans sa substance même* ». **Un juge peut donc écarter une loi pour les besoins d'une affaire particulière, même si cette mise à l'écart est ponctuelle.**

Quant au **Conseil constitutionnel**, il opère très souvent un **contrôle de proportionnalité** au sens strict pour « *vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables et que les garanties encadrant sa mise en œuvre sont proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause* »⁴.

Certains droits et libertés dits « *de premier rang* » bénéficient d'une protection renforcée, « *lorsque le Conseil exige que toute limitation apportée par le Parlement soit justifiée par la mise en œuvre d'un principe, d'un objectif ou d'un autre droit de valeur constitutionnelle* »⁵. S'inspirant de la cour constitutionnelle allemande, il a pour la première fois en 2008⁶ **opéré le même « triple test »** que le juge administratif, en vérifiant que l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir par une mesure de rétention de sûreté était « *nécessaire, adaptée et proportionnée* », à la finalité poursuivie. Le **champ d'application de ce contrôle approfondi s'est depuis étendu** aux atteintes à la liberté de communication ou au droit d'expression collective des idées et opinions⁷, qui couvre tant les libertés de réunion que de manifestation⁸ ; ainsi qu'à

¹ Ibid.

² Cour de cassation, première chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066.

³ Ibid, supra.

⁴ Commentaire de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 24.

⁵ Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes, Valérie Goesel-Le Bihan, *revue française de droit constitutionnel*, 2007/2 (n° 70), pages 269 à 295.

⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁷ Conseil constitutionnel, décisions n° 2019-780 DC du 4 avril 2019 sur la loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations et n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020 sur la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

⁸ Dans d'autres domaines le Conseil constitutionnel opère un contrôle plus restreint en contrôlant l'adéquation, la nécessité ou la proportionnalité au sens strict séparément, ou deux par deux.

celles portées au droit au respect de la vie privée et à celui de mener une vie familiale normale¹.

Interrogée sur la question, l'Union syndicale des magistrats reconnaît que le **contrôle de proportionnalité** « *renforce considérablement les pouvoirs du juge et peut laisser place à sa subjectivité* » sans se prononcer sur la légitimité de ce contrôle. François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, estime que la **technique de cassation** permet « *d'encadrer l'exercice de ce contrôle, qui est loin d'être un contrôle absolu ou en opportunité, dans des limites assurant le respect des prérogatives du Parlement* ».

Pour autant, Jean-Éric Schoettl en **souligne les excès potentiels**, craignant que par ce contrôle de proportionnalité, « *le juge constitutionnel substitue son appréciation à celle du législateur et le juge administratif fait de même à l'égard du pouvoir réglementaire* ».

c) De nouveaux outils qui placent le juge au contact direct de l'action publique

Lorsque l'exécution d'une décision se heurte à la mauvaise volonté de l'administration, le juge administratif peut lui **enjoindre de prendre certaines mesures d'exécution ou une nouvelle décision**, en assortissant le cas échéant, son injonction d'**astreintes**². Ces pouvoirs dont le juge dispose depuis 1995³ ont été récemment⁴ renforcés pour lui permettre de s'en **saisir d'office**, alors qu'il devait auparavant être saisi de conclusions en ce sens⁵. **Les référés ont permis au juge de leur donner toute leur ampleur.**

En effet, les **procédures d'urgence**⁶ venues en 2000 compléter cet arsenal ont nettement **renforcé les prérogatives du juge vis-à-vis de l'administration**. Il « *colle* » ainsi au temps de l'**action publique**, quand la procédure contentieuse au fond impose de plus longs délais.

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2020-805 DC du 7 août 2020 sur la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, considérant 10.

² Articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative.

³ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

⁴ Article 40 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁵ Le juge étant tenu d'examiner prioritairement les conclusions à fins d'injonction lorsqu'elles lui sont présentées en application d'une jurisprudence de 2018 (Conseil d'État, section du contentieux, 21 décembre 2018, Société EDEN, n° 409678).

⁶ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

Les référés en droit administratif

Le **référé liberté**, qui permet au juge de prendre « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une telle liberté, **n'exige pas qu'un recours au fond soit parallèlement introduit**¹. Il est donc **facile d'accès et simple pour le justiciable**. Tenu de statuer dans un délai de 48 heures, le juge peut ordonner toute mesure, en principe provisoire², nécessaire à la sauvegarde de la liberté en cause.

En l'absence de texte, le Conseil d'État a retenu une **définition large** des libertés concernées, allant de la liberté d'aller et venir³ au droit de mener une vie privée et familiale normale⁴. Il a par exemple ordonné en référé au Gouvernement de rétablir l'examen des demandes d'asile en Ile-de-France dans les conditions sanitaires imposées par la covid-19⁵, ou encore de mieux protéger la santé des personnes gardées à vue⁶.

Le **référé suspension**, qui permet aux justiciables d'obtenir, en cas d'urgence, la **suspension d'un acte administratif, lorsqu'il existe un « doute sérieux » quant à sa légalité**, suppose que la décision contestée fasse également l'objet d'une requête en annulation ou en réformation⁷. Le juge, qui intervient dans un délai raisonnable (quelques jours ou semaines) a récemment suspendu les nouvelles autorisations de chasse traditionnelle des oiseaux sur ce fondement⁸ ou, dans un autre domaine, suspendu l'interruption de délivrance des visas de regroupement familial décidées par le Gouvernement en raison de l'épidémie de la covid-19, estimant que cette décision portait une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale normale et à l'intérêt supérieur de l'enfant⁹.

Enfin, le **référé mesures utiles**¹⁰, subsidiaire par rapport aux autres référés, permet par exemple **d'ordonner à l'administration la communication de documents administratifs** sans que le requérant ne doive saisir la commission d'accès aux documents administratifs¹¹.

Les référés représentent désormais une **part importante de l'activité des juridictions administratives**. Ainsi, en 2019, le **Conseil d'État a jugé 937 affaires en référé** (soit 8 % de ses décisions, en augmentation de 99 % en un an) et les **tribunaux administratifs 46 100 référés** (soit 19 % de leurs décisions, en augmentation de 32 % sur la même période)¹². Cette tendance

¹ Article L. 521-2 du code de justice administrative.

² Article L. 511-1 du code de justice administrative.

³ Conseil d'État, 9 janvier 2001, Deperthes, n° 228928.

⁴ Conseil d'État, Section, 30 octobre 2001, Ministre de l'intérieur c/Mme Tliba, n° 238211.

⁵ Conseil d'État, ordonnance du 30 avril 2020, n°s 440250, 440253.

⁶ Conseil d'État, ordonnance du 22 novembre 2021, n° 456924.

⁷ Article L. 521-1 du code de justice administrative.

⁸ Conseil d'État, ordonnance du 25 octobre 2021, n° 457535.

⁹ Conseil d'État, ordonnance du 21 janvier 2021, n° 447878.

¹⁰ L. 521-3 du code de justice administrative.

¹¹ Conseil d'État, neuvième et dixième sous-sections réunies, 29 avril 2002, Société Baggerbedriff de Boer, n° 239466.

¹² Chiffres clés 2021 de la justice administrative, publié le 4 février 2022 et consultable à l'adresse suivante :

<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/rapports-d-activite/l-annee-2021-en-quelques-chiffres-cles>

s'est fortement accrue pendant la crise sanitaire de la covid-19 qui a généré de nombreux recours¹.

Ceci conduit Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel, à estimer que par sa jurisprudence « *très accueillante* » en matière de référé liberté, le juge administratif a **excessivement ouvert son prétoire**².

Le rapporteur n'a cependant pas été convaincu par la suggestion de restreindre leur champ à certains droits ou libertés, considérant que cela pourrait constituer un recul majeur dans leur protection. Il souhaite toutefois **encourager le recours à une formation de jugement collégiale**, telle que prévue par l'article L. 511-2 du code de justice administrative³, **pour les affaires aux enjeux les plus importants**.

Proposition : Encourager le recours à une formation de jugement collégiale devant la juridiction administrative pour le jugement en référé des affaires aux enjeux les plus importants.

d) Un pouvoir prétorien du juge consubstantiel à sa mission

En vertu de l'article 4 du code civil, **le juge ne peut refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »**, au risque de se voir reconnu coupable de « *déni de justice* » ; mais il lui est, dans le même temps, à l'article 5, **défendu** de se « *prononcer par voie de disposition générale et réglementaire* », c'est-à-dire **de se substituer au législateur ou à l'exécutif**.

Comme l'a rappelé François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, entendu par le rapporteur, cette **mission jurisprudentielle n'est pas nouvelle** et depuis longtemps « *des pans entiers du droit ont été construits par le Conseil d'État et la*

¹ Voir infra.

² Comme l'indiquait Bernard Stirn dans un discours de 2015 : « la jurisprudence a donné une interprétation large du champ du référé liberté comme des pouvoirs du juge des référés. Les grandes libertés publiques, liberté d'aller et venir, libertés de réunion et d'association, libertés d'opinion et de religion, libre expression du suffrage, liberté d'entreprendre, ont le caractère de liberté fondamentale. Il en va de même de certains droits fondamentaux, droit d'asile, droit de propriété, droit syndical, droit de grève, droit de mener une vie familiale normale, droit de consentir à un traitement médical, droit au respect de la vie. Des notions essentielles, comme l'interdiction du travail forcé et la présomption d'innocence, ont également le caractère de liberté fondamentale ». <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/ordre-public-et-libertes-publiques>

³ Troisième alinéa : « Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée, dans les conditions prévues au présent livre, par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun ».

Cour de cassation »¹. Il a indiqué se référer, tout comme les magistrats, aux travaux parlementaires pour interpréter la loi si le texte est ambigu ou incomplet.

Le juge judiciaire assume pleinement jouer un rôle normatif, comme en témoigne une étude récente de la Cour de cassation sur le sujet². Il a notamment **édifié le droit commun de la responsabilité civile en se fondant sur cinq articles du code civil quasiment inchangés depuis 1804**³, en prenant en compte dans sa jurisprudence les évolutions technologiques et scientifiques. Sur un point plus ponctuel, **en l'absence de disposition législative ou réglementaire spécifique**, la Cour de cassation a jugé qu'il entrerait dans les attributions d'un conseil de l'ordre des avocats **d'interdire le port de tout signe distinctif manifestant une appartenance ou une opinion religieuse, philosophique, communautaire ou politique avec la robe d'avocat**⁴.

Quant au **droit administratif** il est, historiquement, un droit **largement prétorien** – le droit de la responsabilité de la puissance publique en fournit un exemple typique – partiellement **codifié** par le législateur dans les années récentes pour améliorer l'accessibilité du droit, en reprenant de nombreuses solutions jurisprudentielles et principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État. L'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration a par exemple consacré dans la loi le principe dégagé par l'arrêt *Ternon*⁵ selon lequel l'administration ne dispose que de quatre mois pour abroger ou retirer une décision illégale créatrice de droits. Autre illustration, les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif ont permis l'application aux agents publics de règles du droit du travail qu'aucun texte n'étendait expressément aux agents publics⁶.

La possibilité ouverte au justiciable de contester, par une question prioritaire de constitutionnalité⁷, la constitutionnalité de la loi **telle qu'interprétée par le Conseil d'État ou la Cour de cassation**⁸, confirme le **caractère normatif de la jurisprudence**, qui donne à la loi sa portée

¹ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

² *Le rôle normatif de la Cour de cassation, étude annuelle, 2018*, consultable à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Etude%20annuelle/Etude%20annuelle%20018%20-%20Le%20r%C3%B4le%20normatif%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

³ Il s'agit des anciens articles 1382 à 1386, devenus 1240 à 1244.

⁴ *Cour de cassation, première chambre civile, 2 mars 2022, n° 20-20.185*. Le président de la première chambre civile a présenté cet arrêt et le raisonnement de la Cour aux membres de la mission qui se sont rendus à la Cour de cassation le 3 mars 2022.

⁵ *Conseil d'État, Assemblée, 26 octobre 2001, M. Ternon, n° 197018*.

⁶ Par exemple, *l'interdiction de licencier une femme enceinte (Conseil d'État, Assemblée, 8 juin 1973, Dame Peynet, n° 80232)*.

⁷ Voir *infra*.

⁸ *Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié] et n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*.

effective¹. Cette jurisprudence reconnaît le **rôle régulateur de ces deux cours suprêmes, à qui il revient d'interpréter la loi pour en assurer une appréciation uniforme sur l'ensemble du territoire.**

Selon les représentants de l'Union syndicale des magistrats, entendus par le rapporteur, « *si le rôle du législateur est bien de créer la norme, celui du juge est de lui donner vie en l'adaptant, à l'issue d'un échange contradictoire avec les parties et leurs conseils auquel le juge ne peut se dérober, à une situation concrète et assurer la paix sociale* »². Ainsi, le juge interprète la norme pour l'appliquer aux situations individuelles qui lui sont soumises en donnant une portée concrète à la règle de droit jusqu'à, parfois, la créer, en l'absence de texte.

Comme l'a rappelé Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État, devant la mission, citant le président Odent, lorsque le texte est clair « *le juge ne se livre à aucune fantaisie interprétative* »³. Le vice-président indique que lorsque le texte est moins clair, le rôle du juge est de faire « *tout ce qu'il peut pour déceler ce qu'a voulu dire son auteur, c'est-à-dire le législateur* ». Une jurisprudence constante prévoit que dans un tel cas, le juge doit se plonger dans les travaux parlementaires que pour y déceler l'intention du législateur⁴. L'obscurité d'un texte n'est ainsi naturellement pas une autorisation à l'interpréter librement, mais une « *invitation à tout faire pour déterminer le sens qu'ont voulu lui donner ses auteurs* ».

Toutefois **l'essor des droits et libertés fondamentaux – constitutionnels ou issus du droit international – renouvelle la question ancienne et traditionnelle du rôle normatif du juge.**

e) La protection des droits fondamentaux ouvre de larges espaces d'interprétation au juge

Si le juge a toujours eu pour mission d'interpréter les textes, voire d'en combler les lacunes, force est de constater que la place prise par les textes garantissant les droits fondamentaux, qu'il s'agisse du « bloc de constitutionnalité en droit interne, ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte européenne des droits fondamentaux, lui ouvre un espace d'interprétation particulièrement étendu.

Le propre d'une « déclaration des droits » est en effet d'énoncer des principes en termes très généraux, dont le juge va déduire des règles qui sont parfois d'une grande précision. Ainsi, pour reprendre les termes de Jean-Éric Schoettl, « *les principes applicables, constitutionnels et conventionnels,*

¹ La limite à ce principe demeure que la jurisprudence seule, fût-elle celle d'une cour suprême, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une QPC lorsque sa critique n'est pas directement rattachée à une disposition législative (Cour de cassation, chambre sociale, 17 février 2016, n°15-40.042).

² Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

³ Raymond Odent, *Contentieux administratif, Tome I*, p. 348.

⁴ Conseil d'État, section, commune de Houdan, 27 octobre 1999, n° 188685.

de caractère très vague, offrent une prise à la subjectivité du juge ». Il a donné l'exemple de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui a selon lui « donné lieu à une jurisprudence très constructive de la Cour de Strasbourg et de nos cours nationales en matière de regroupement familial ».

Fort de ses neuf années d'expérience à la Cour européenne des droits de l'homme, André Potocki a souligné que : « la norme est écrite de plus en plus souvent dans une texture ouverte, comme disent les linguistes. C'est l'une des caractéristiques, notamment, des droits fondamentaux : on y trouve à la fois un principe et une règle, mais le principe est toujours exprimé de façon ouverte ». Cette « texture ouverte » rend possible une interprétation évolutive des textes, qui permet de les adapter aux changements de la société mais confère au juge un pouvoir normatif potentiellement considérable.

f) Un double contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité marquant la fin de la suprématie de la loi

La décision du 16 juillet 1971¹ par laquelle le Conseil constitutionnel s'est reconnu **compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois au regard du Préambule de la Constitution** a marqué un tournant dans l'histoire constitutionnelle française et a transformé le rôle de **cette institution**, cantonnée à l'origine au contrôle de la répartition des compétences entre loi et règlement.

Elle a également mis **fin à la suprématie de la loi**. Si, jusqu'en 1958, la loi votée exprimait la volonté générale, **désormais elle « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »**².

Parallèlement, le Constituant a progressivement **étendu l'accès au juge constitutionnel**. Il a d'abord permis, en 1974³, à soixante députés ou sénateurs, de le saisir avant la promulgation de la loi. Puis, en 2008⁴, en créant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), il a donné la possibilité à tout justiciable de contester, à l'occasion d'un litige, la constitutionnalité d'une disposition législative **au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis**, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, mettant fin à l'« *immunité constitutionnelle de la loi promulguée* »⁵, pour reprendre la formule de Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po, entendu par la mission.

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC sur la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

² Conseil constitutionnel, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985 sur la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.

³ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution. Auparavant, seuls le Président de la République, le Premier Ministre ou le président de l'une ou l'autre assemblée étaient titulaires de cette prérogative.

⁴ Article 61-1 de la Constitution, créé par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

⁵ Contribution écrite complémentaire.

Le Conseil constitutionnel est ainsi devenu un **acteur à part entière du processus normatif**, par l'ensemble des règles (principes, droits, objectifs et exigences de valeur constitutionnelle) qu'il **dégage en se fondant sur le « bloc de constitutionnalité »**, composé de la **Constitution du 4 octobre 1958¹**, et de son **Préambule lui-même**, qui renvoie à la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²**, au **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946** ainsi qu'à la **Charte de l'environnement de 2004**. Les textes du Préambule ont la **même valeur constitutionnelle** que la Constitution et sont le **siège des droits et libertés constitutionnellement garantis** car, contrairement à d'autres pays étrangers, la Constitution française ne contient elle-même aucune « liste » de droits et libertés³.

Le Conseil constitutionnel et le « bloc de constitutionnalité »

Au gré de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a par exemple identifié, sur le fondement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le principe du **droit au respect de la vie privé⁴** découlant de son article 2⁵, ou celui de la **liberté d'entreprendre⁶**, du **droit au maintien des conventions légalement conclues⁷**, le principe de **responsabilité et de réparation du préjudice par l'auteur fautif⁸** sur le fondement de son article 4⁹, ou encore le **droit d'accès aux archives publiques¹⁰**, sur le fondement de son article 15¹¹.

¹ Outre le contrôle direct de la conformité de la loi aux dispositions de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut également dégager indirectement, sur son fondement, de nouveaux principes comme par exemple, le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires (décision n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, sur la résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, considérant 6).

² Notamment le principe d'égalité, d'opinion et de communication, le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée, ou encore de non rétroactivité de la loi pénale.

³ Seul l'article 66 confie la protection de la liberté individuelle à l'autorité judiciaire.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la loi portant création d'une couverture maladie universelle, considérant 45.

⁵ « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation, considérant 16

⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, considérant 37 et n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009 sur la loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, considérant 11.

⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité, considérant 70.

⁹ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement], considérant 4.

¹¹ « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

Il a également dégagé, sur le fondement du Préambule de 1946, onze « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », découlant de la législation républicaine antérieure à 1958 et concernant principalement les lois de la III^e République sur la liberté syndicale, de réunion, de la presse, la liberté individuelle ou de conscience. Il a également consacré le **principe de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »**¹, ainsi que certains **droits économiques et sociaux découlant des principes « particulièrement nécessaires à notre temps »**, tels le droit de grève², le droit de mener une vie familiale normale³, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé⁴, ou encore l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵, marquant la **montée en puissance** de ce que certains auteurs appellent en doctrine les « *droits-créances* » car, à la différence des « *droits-libertés* », ils appellent une « *intervention de l'État pour mettre en œuvre un objectif social autonome* »⁶.

Il a, en 2020, **dégagé pour la première fois du préambule de la Charte de l'environnement un objectif de valeur constitutionnelle** de « *protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains* »⁷ après avoir reconnu dès 2008⁸, pleine valeur constitutionnelle, à « *l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement* », ainsi que, depuis 2011⁹, à son préambule.

L'essor du contrôle de conventionnalité, par lequel le juge administratif ou judiciaire contrôle la conformité des lois et actes administratifs aux engagements internationaux de la France, et peut **écarter l'application du droit national en cas de contrariété**, a également participé au **recul de la loi dans la hiérarchie des normes**. L'article 55 de la Constitution pose le principe de la supériorité - sous certaines conditions - des traités et accords internationaux sur les lois¹⁰.

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

² Conseil constitutionnel, décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 sur la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, considérant 1.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérant 3.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 sur la loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, considérant 4.

⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019 M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], considérant 6.

⁶ La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, Laurence Gay, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Prix de thèse 2002) - juin 2004.

⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques], considérant 4.

⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.

⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres, cons. 20

¹⁰ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

Le Conseil Constitutionnel a affirmé qu'il ne lui revenait pas d'assurer, sauf exception, ce contrôle de conventionnalité¹, le confiant ainsi aux juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de Cassation², qui a très vite accepté cette mission, et au Conseil d'État, qui, après avoir exprimé sa réticence, s'est rallié à cette solution³. Cette évolution jurisprudentielle a marqué l'abandon de la théorie de la « loi-écran » par laquelle la loi postérieure au traité faisait écran à ce dernier et s'opposait donc à son application.

Récemment, le Conseil d'État a fait évoluer son contrôle de conventionnalité, en complétant formellement le contrôle *in abstracto*, auquel il procédait déjà, d'un **contrôle *in concreto***⁴. Désormais, le juge administratif ne se contente plus de vérifier que cette loi ne méconnaît pas, dans son ensemble, les stipulations internationales mais **vérifie si les situations naissant de l'application de cette loi** ne sont pas, dans leur particularité, **susceptibles de méconnaître des droits et libertés protégés par la Convention européenne des droits de l'homme**⁵.

Dans les faits, les représentants de l'Union syndicale des magistrats (USM) entendus par le rapporteur relevaient que la règle de droit européen, encore peu évoquée dans le débat judiciaire quotidien, tendait à l'être davantage par les « *jeunes générations de juristes plus à l'aise avec ces concepts et outils* »⁶. Confirmant cette impression, Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, a estimé, s'agissant de la juridiction administrative, que la censure de lois pour méconnaissance du droit international était assez limitée en nombre.

Ce double contrôle a fragilisé la loi et introduit de nouvelles contraintes pour le pouvoir législatif ou réglementaire, ces contrôles étant largement « *anticipés et intériorisés* » par le politique, comme l'a souligné le professeur Guillaume Tusseau. Comme l'a expliqué Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, la « *loi promulguée n'est plus une valeur sûre* », elle est « *devenue un énoncé précaire et révoquant, grevé de la double hypothèque du droit européen et du droit constitutionnel (...) à la merci d'une habileté contentieuse placée au service d'intérêts ou de passions privées* ». Dès lors, « *la règle n'est fixée et connue qu'à l'issue du contentieux* » selon Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel⁷.

¹ Conseil Constitutionnel, décision IVG n°74-54 DC du 15 janvier 1975.

² Cour de Cassation, ch.mixte, 24 mai 1975, société des cafés Jacques Vabre.

³ Conseil d'État, ass.plénière, 20 octobre 1989, Nicolo.

⁴ Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, Mme G, n° 396848.

⁵ Le Conseil d'État et la protection des droits fondamentaux, Discours de Jean-Marc Sauvé, Université de Nagoya, 27 octobre 2016.

⁶ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

⁷ Contributions écrites complémentaires.

2. La montée en puissance du droit international et européen

La consécration du contrôle de conventionnalité par le juge n'aurait pas eu une telle portée si elle ne s'était accompagnée, d'une part, d'un essor du droit international, d'autre part, et surtout, d'un développement considérable du droit de l'Union européenne, qui irrigue désormais tous les domaines de la vie sociale.

Certaines conventions internationales ont une influence sur le droit français, en premier lieu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, adoptée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, le Pacte international des droits civils et politiques conclu le 16 décembre 1966 ou encore la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant signée le 20 novembre 1989. Le droit de l'Union s'en distingue cependant par son ampleur et par la variété des sujets qu'il aborde, qui touchent à la politique économique et sociale mais aussi de plus en plus aux domaines régaliens.

a) Le droit européen irrigue la législation française

Sans prétendre retracer en détail l'histoire de l'Union européenne (dont les étapes-clés sont présentées dans l'encadré ci-dessous) ni examiner l'ensemble de ses compétences, la mission souhaite cependant rappeler que l'Union européenne a évolué, de longue date, d'une enceinte de coopération intergouvernementale compétente sur des secteurs économiques limités vers une « Union de droit » aux compétences plus étendues

Pour Hélène Gaudin, professeur de droit public à l'université Toulouse I Capitole, le regain de tension observé autour de la notion de primauté du droit européen serait dû ainsi « à une extension des compétences de l'Union dans des domaines régaliens et souverains, tels que la monnaie, le mandat d'arrêt européen, l'asile, la protection des droits fondamentaux ou encore la citoyenneté de l'Union. Ces questions relativement nouvelles, intégrées dans les compétences de l'Union, viennent heurter certaines conceptions nationales ».

De la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) à une Union européenne intégrée

*18 avril 1951 : conformément au plan Schuman pour une nouvelle coopération politique en Europe (9 mai 1950), six États (Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas) décident de mettre en commun leur industrie du charbon et de l'acier au sein de la CECA. Son fonctionnement est intergouvernemental (Conseil des ministres). Une Cour de justice, ancêtre de l'actuelle Cour de justice de l'Union européenne, est mise en place en 1952 pour régler les différends ;

*25 mars 1957 : signature des traités de Rome qui étendent la coopération existante à de nouveaux secteurs (politique agricole commune en 1962 ; union douanière effective en 1968) par la création de la Communauté économique européenne (CEE) et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM). Dans ce cadre, le Parlement européen, composé de délégations de parlementaires nationaux, voit le jour en 1958. Le mode de décision est intergouvernemental et les décisions sont prises à l'unanimité ;

*1^{er} juillet 1987 : alors que la CEE compte désormais douze membres¹, entrée en vigueur de l'Acte unique européen, dont l'objectif premier est de mettre en place un marché intérieur sans frontières intérieures, au sein duquel les personnes, les biens et les services circulent librement. Les compétences de la CEE s'élargissent (environnement ; politique sociale...). Pour l'adoption des décisions au Conseil, passage de l'unanimité à la majorité qualifiée dans certains domaines (tarif douanier ; libre circulation des capitaux et des services...);

*1^{er} novembre 1993 : entrée en vigueur du traité de Maastricht, signé le 7 février 1992. Ce traité marque une avancée notable vers « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». L'Union européenne se voit attribuer des compétences réparties en « trois piliers » : dans le domaine de la Communauté européenne (premier pilier), qui correspond au marché unique (libre circulation, PAC, politique sociale mais aussi politique économique et monnaie unique), les compétences sont partagées entre l'Union et les États membres, et les décisions adoptées, pour la plupart, à la majorité qualifiée. Dans ces domaines, le principe de subsidiarité doit permettre de réguler la répartition des compétences. Par ailleurs, une politique étrangère et de sécurité communes (PESC, deuxième pilier) voit le jour, ainsi qu'une coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (troisième pilier), dont le fonctionnement demeure d'essence intergouvernementale ;

*1^{er} mai 1999 : l'Union européenne compte désormais quinze membres². Le traité d'Amsterdam étend les politiques « communautarisées » à l'asile et l'immigration, au franchissement des frontières extérieures, à la lutte contre la fraude ou encore, à la coopération judiciaire en matière civile. Les pouvoirs du Parlement européen sont renforcés (il devient colégislateur dans tous les domaines du marché unique sauf la PAC et la politique de concurrence) ;

*1^{er} février 2003 : le traité de Nice résout plusieurs difficultés institutionnelles constatées, dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale (règles de représentation et de vote au Conseil ; représentation à la Commission européenne ; adaptation des procédures de la Cour de justice...). En outre, une convention sur l'avenir de l'Europe est mise en place pour doter l'Union européenne d'un traité constitutionnel. Toutefois, en raison du rejet de ce texte dans le cadre des référendums organisés en France et aux Pays-Bas, la procédure de ratification est abandonnée ;

¹ Les six états membres d'origine ainsi que le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni (1973), la Grèce (1981), l'Espagne et le Portugal (1986).

² Les douze membres précités ainsi que l'Autriche, la Finlande et la Suède (intégrés en 1995).

*1^{er} décembre 2009 : L'Union européenne compte désormais vingt-sept membres¹. Le traité de Lisbonne dote l'Union européenne d'une personnalité juridique propre, dont les compétences sont fixées par le **traité sur l'Union européenne** (TUE) et le **traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (TFUE). Une charte européenne des droits fondamentaux est annexée aux traités, de même que plusieurs protocoles, dont le protocole n°2 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité ;

*1^{er} juillet 2013 : la Croatie devient le vingt-huitième État membre de l'Union européenne ;

*1^{er} janvier 2021 : le « Brexit » (sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne) devient effectif. L'Union européenne ne compte plus que vingt-sept membres.

En tant qu'État membre de l'Union européenne, la France doit respecter et mettre en œuvre le droit européen. Non seulement, comme on l'a vu, au titre de l'article 55 de la Constitution, qui donne aux traités ou accords régulièrement ratifiés, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, mais également au titre des spécificités de l'ordre juridique communautaire.

En France, c'est la révision constitutionnelle de 1992 ayant permis la ratification du traité de Maastricht, qui introduit dans la Constitution, l'article 88-1 aux termes duquel « *la République française participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne...* ». Comme l'a observé le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2004-505 DC du 19 novembre 2004, « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

En pratique, cet ordre juridique spécifique comprend un droit primaire (le TUE et le TFUE et leurs protocoles annexés) mais également un droit dérivé. Plusieurs de ces normes de droit dérivé ont des effets juridiques contraignants pour les États membres : le règlement, qui a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans les États membres ; la directive, qui lie ces derniers quant au résultat à atteindre, leur laisse le choix des moyens pour y parvenir (ce qui implique leur transposition en droit national) ; la décision, qui est obligatoire dans tous ses éléments, concerne des destinataires ciblés.

¹ Au 1^{er} mai 2004, dix pays candidats ont intégré l'Union européenne (Chypre ; Estonie ; Hongrie ; Lettonie ; Lituanie ; Malte ; Pologne ; République tchèque ; Slovaquie ; Slovénie) et deux autres au 1^{er} janvier 2007 (Bulgarie et Roumanie).

Ce droit européen s'impose aujourd'hui sans équivoque au législateur national. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), reprise aujourd'hui dans une déclaration annexée aux traités¹ pose le principe de la primauté du droit de l'Union européenne sur celui des États membres. Cette primauté, nous y reviendrons, doit cependant en pratique être conciliée avec « *la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne.* »²

Aujourd'hui, la « production » de textes normatifs par l'Union européenne est abondante, ces textes concernant l'ensemble des aspects de la vie quotidienne des acteurs économiques et des citoyens européens.

Certes, l'Union européenne ne dispose en théorie que d'une compétence d'attribution : en conséquence, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. Cependant, le champ d'action des États membres demeurant régi par la coopération intergouvernementale est désormais très limité (politique extérieure et défense nationale).

A contrario, les traités précisent trois catégories larges de compétences de l'Union européenne : des compétences exclusives (concurrence ; politique commerciale commune...), des compétences partagées avec les États membres (politique sociale, PAC, transports, énergie...) et des politiques où l'Union européenne joue un rôle d'appui (santé, éducation, industrie...)³.

Or, le droit européen dérivé est aujourd'hui abondant : le programme de travail de la Commission européenne pour 2022 comprend ainsi 42 nouvelles initiatives, dont 24 « législatives » (c'est-à-dire ayant un effet normatif et des objectifs obligatoires pour les États membres), concernant aussi bien la réduction des microplastiques, la mobilité urbaine que la protection des travailleurs exposés à l'amiante ou la liberté des médias⁴. En outre, il recense 76 autres textes présentés au cours des années précédentes et toujours en attente d'adoption.

¹ Déclaration n°17. Selon cette dernière, « *la Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence.* »

² Conseil Constitutionnel, décision n°2007-560 DC du 20 décembre 2007 – *Traité sur l'Union européenne et traité instituant la Communauté européenne.*

³ Articles 2 à 6 du TUE.

⁴ Communication de la Commission européenne « *Programme de travail pour 2022 : Ensemble pour une Europe plus forte* », COM(2021) 645 final, en date du 19 octobre 2021.

Le droit d'initiative

a) Aux termes de l'article 17 du traité sur l'Union européenne (TUE), un **acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission européenne**, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement.

b) Ce droit d'initiative peut être « nourri » par les propositions du Parlement européen (qui, statuant à la majorité de ses membres, peut demander à la Commission européenne de « *soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités* ») et du Conseil (qui, statuant à la majorité simple, peut demander à la Commission de procéder « *à toutes études qu'il juge opportunes* » « *et de lui soumettre toutes propositions appropriées* »).

Toutefois, dans les deux cas (prévus aux articles 225 et 241 du TFUE), la Commission européenne, si elle doit motiver sa réponse, n'est pas tenue de se conformer à ces demandes.

c) Les exceptions à ce droit d'initiative de la Commission européenne sont strictement limitées : dans les cas prévus par les traités, une initiative d'un groupe d'États membres¹, une recommandation de la Banque centrale européenne (BCE)² ou une demande de la CJUE³ peuvent demander l'examen d'un acte législatif selon la procédure législative ordinaire (article 294, paragraphe 15, du TFUE).

d) Rappelons également qu'une **initiative citoyenne européenne** peut inviter la Commission européenne à présenter une proposition d'acte législatif, à condition de réunir un million de signatures issues d'au moins sept États membres (article 11 du TUE) ;

De surcroît, l'insertion de la charte européenne des droits fondamentaux dans les traités a étendu la portée du droit européen. La charte pose ainsi le principe de protection des données personnelles, le droit à l'éducation, le droit d'asile, la non-discrimination, le principe de diversité culturelle, religieuse et linguistique, la nécessité de conditions de travail justes et équitables, ou encore la protection de l'environnement...

Enfin, conformément à l'article 4 du TUE, des règles de bonne conduite ont été instituées pour la mise en œuvre du droit européen : d'une part, en vertu de leur obligation de « *coopération loyale* », « *l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* », d'autre part, « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ».

¹ Ainsi, un quart des États membres peut lancer une procédure législative dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière (article 76 du TFUE).

² La BCE peut effectuer cette demande pour des actes législatifs portant sur son statut et sur celui du système européen des banques centrales (article 40 du protocole n°4 annexé aux traités).

³ La CJUE peut émettre une telle demande concernant la création de tribunaux spécialisés adjoints au Tribunal de l'Union européenne (article 257 du TFUE).

Dans les faits, il revient en priorité à la Commission européenne, en vertu de l'article 17 du TUE, de s'assurer de cette coopération loyale en promouvant l'intérêt général de l'Union européenne et en veillant à l'application des traités. Si un État membre ne respecte pas les obligations qui lui incombent au titre des traités, elle peut ouvrir une procédure en manquement à son encontre, qui l'amène alors, après avoir reçu les observations de l'État concerné, à émettre un avis motivé¹. Si l'État n'obtempère toujours pas, elle peut alors saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

b) La Cour de justice de l'Union européenne, « gardienne des promesses de l'Union européenne »

Tout comme la Commission européenne, la CJUE a un rôle spécifique de gardienne des traités européens.

Composition de la CJUE et nomination de ses membres

La Cour de justice de l'Union européenne, qui siège à Luxembourg, comprend la Cour elle-même, le Tribunal de l'Union européenne et des tribunaux spécialisés.

La Cour est composée d'un juge par État membre. Elle est assistée de huit avocats généraux. Ces magistrats sont choisis parmi des personnalités offrant toutes les garanties d'indépendance et qui réunissent, dans leur État membre, les conditions pour exercer les plus hautes fonctions juridictionnelles ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires.

Le Tribunal, qui est compétent pour examiner certains contentieux en première instance (contrôle de légalité ; violation des traités par les institutions européennes ; réparation des dommages causés par l'Union européenne ; litiges entre l'Union européenne et ses agents...) compte au moins un juge par État membre.

Juges et avocats généraux sont nommés d'un commun accord pour six ans par les gouvernements, après consultation d'un comité consultatif, composé de sept membres désignés par le Conseil de l'Union européenne.

¹ Article 258 du TFUE.

Lors de son audition par la mission, Jean-Claude Bonichot, juge français à la CJUE, a rappelé que la Cour remplissait une triple mission :

- contrôler la légalité des actes pris par l'Union européenne, via le recours en annulation. Cette compétence est partagée avec le Tribunal de l'Union européenne. La CJUE est alors un peu dans la position du Conseil d'État vis-à-vis des actes administratifs¹ ;

- veiller au respect de leurs obligations par les États, via le recours en manquement ; la Cour, dans ce domaine, a un pouvoir considérable puisqu'elle peut infliger astreintes et amendes² ;

- enfin, la Cour préserve l'unicité du droit européen, via la question préjudicielle, qui permet aux juges nationaux d'interroger la Cour en cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union³.

C'est surtout dans l'exercice de cette dernière mission que la CJUE a pu faire l'objet de critiques d'une partie de la doctrine et de certains États membres sur son « activisme jurisprudentiel ». Elle interprète alors le droit européen pour l'ensemble des États membres et, pour reprendre une expression du Commissaire européen Didier Reynders, elle a pu se comporter en « *gardienne des promesses de l'Union européenne* » et développer à ce titre une jurisprudence audacieuse. La Cour veille au respect de ses prérogatives : en 2018, un arrêt⁴ a condamné la France en manquement parce que le Conseil d'État, juridiction dont les décisions n'étaient pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en droit interne, aurait dû interroger la CJUE afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union européenne.

Au cours des années suivant son installation, la Cour a affirmé le principe de **l'effet direct** du droit communautaire, permettant aux citoyens européens d'invoquer directement des règles du droit de l'Union européenne devant leurs juridictions nationales⁵, et celui de **primauté** du droit communautaire sur la législation interne des États membres⁶. Ces arrêts fondateurs seront complétés par la reconnaissance de la supériorité du droit communautaire même sur une loi postérieure et la confirmation de la compétence du juge national pour appliquer le droit communautaire⁷.

¹ Article 263 du TFUE.

² Articles 258 à 260 du TFUE.

³ Article 267 du TFUE.

⁴ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c/ France* (C-416/17)

⁵ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff.26/62.

⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/E.N.E.L.*, aff.6/64.

⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre société anonyme Simmenthal*, aff.106/77.

La jurisprudence de la Cour a accompagné l'accroissement des compétences de l'Union européenne en faisant parfois preuve de « créativité ». Pour reprendre les mots de Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'État, « *la Cour de justice s'est érigée en « moteur de l'intégration européenne »*. De manière prétorienne, elle a façonné, au-delà de ce qui pouvait être initialement attendu, « *l'ordre juridique propre* » de l'Union européenne autour d'une idée-force, celle de l'approfondissement de l'intégration européenne »¹.

Il est vrai que les cas dans lesquels la Cour considère que l'Union a outrepassé ses compétences sont rares, mais ils ne sont pas inexistantes. Ainsi, dans un arrêt de 2000² sur un recours en annulation de l'Allemagne contre la directive 98/43/ concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, dans lequel une violation des principes de subsidiarité et de proportionnalité était invoquée, la Cour a constaté que le législateur européen avait choisi une base juridique incorrecte pour justifier sa directive. Elle a, en conséquence, annulé la directive et condamné le Parlement européen et le Conseil.

Dans le domaine militaire, qui demeure en principe une compétence première des États membres et non de l'Union européenne, la Cour a ainsi fait prévaloir une directive communautaire de 1976 sur l'égalité hommes-femmes sur les dispositions de la Loi Fondamentale allemande interdisant l'accomplissement d'un service dans les forces armées par les femmes. Cette décision a entraîné une féminisation de la Bundeswehr alors même que la disposition litigieuse de la Constitution allemande est toujours en vigueur³.

Si dès le traité de Rome la Cour a été conçue comme une juridiction supranationale instaurée pour « dire le droit européen » et arbitrer les conflits sur son application, médias et réseaux sociaux donnent aujourd'hui un écho important aux principaux arrêts de la cour et à leurs critiques éventuelles, alimentant un contexte de tensions sans doute sans équivalent depuis les années 1960.

¹ Citation tirée de l'intervention de Jean-Marc Sauvé lors du 130^{ème} anniversaire du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) sur le thème « Séparation des pouvoirs et droit de l'Union européenne », le jeudi 24 octobre 2013 ([La séparation des pouvoirs, l'Union européenne et le comité 255 \(conseil-etat.fr\)](#)).

² CJCE, Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 5 octobre 2000, req. n°C-376/98.

³ CJCE, 11 janvier 2000, Tanja Kreil c/Bundesrepublik Deutschland, C-285/98.

c) *La Cour européenne des droits de l'Homme, arbitre des questions de société*

La Cour européenne des droits de l'homme, basée à Strasbourg, applique un ensemble de normes beaucoup plus réduit que celui que la CJUE est chargée d'interpréter. Elle met en œuvre les dispositions de fond de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses différents protocoles, ce qui représente une trentaine de dispositions générales.

Pourtant, l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est non négligeable pour plusieurs raisons :

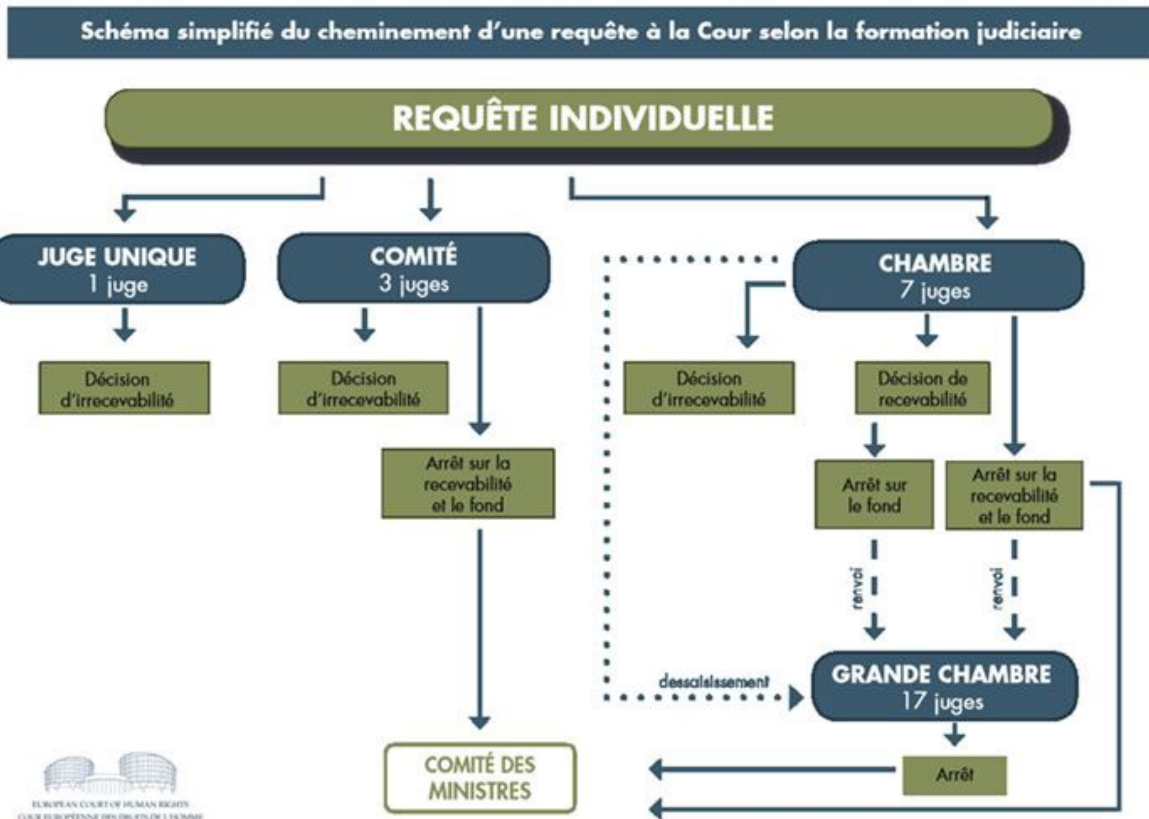
- d'abord, la Convention est le texte de référence du Conseil de l'Europe, organisation internationale créée en 1949 pour assurer la paix sur le continent européen, pilotée par un comité des ministres et une assemblée parlementaire (APCE) composée de délégations de parlementaires nationaux¹ ; le Conseil de l'Europe regroupait 47 États² avant la guerre en Ukraine, qui a entraîné l'exclusion de la Russie (le 16 mars 2022) ;

- la mise en œuvre de la Convention incombe aux juridictions nationales des États parties mais également à une cour supranationale, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), composée d'un juge par État partie, compétente pour statuer sur les allégations de violation de la Convention. En pratique, la Cour peut être saisie sur requête individuelle ou interétatique, mais, dans le premier cas, elle ne peut être saisie que lorsque les voies de recours internes ont été épuisées ;

- les arrêts de la Cour sont insusceptibles d'appel et les États condamnés doivent les exécuter. Même s'ils jugent un cas d'espèce, ces arrêts font jurisprudence et empêchent *de facto* l'application des lois contraires à la Convention. Une fois l'arrêt rendu, la Cour transfère le dossier au comité des ministres du Conseil de l'Europe qui détermine avec le pays concerné la manière pertinente de le mettre en œuvre et de prévenir toute violation identique de la Convention. Lorsqu'il est impossible de revenir sur la violation, la partie lésée peut obtenir une « satisfaction équitable » (somme d'argent destinée à compenser le préjudice subi). À défaut, le pays concerné s'expose à une nouvelle condamnation, dont la portée symbolique est très importante.

¹ La délégation française comprend ainsi 18 titulaires (dont 12 députés et 6 sénateurs) et 18 suppléants (dont 12 députés et 6 sénateurs).

² Les 27 États membres de l'Union européenne ainsi que l'Albanie, Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bosnie-Herzégovine, la Géorgie, l'Islande, le Liechtenstein, la Macédoine du nord, Monaco, le Monténégro, la Norvège, le Royaume-Uni, la République de Moldavie, la Fédération de Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.



Source : Cour européenne des droits de l'Homme

Le respect des stipulations de la Convention est impératif pour les États membres, sauf « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la Nation » : un État peut alors prendre temporairement des mesures dérogeant à la Convention, « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations du droit international ». Il ne peut cependant déroger aux dispositions essentielles de la Convention : droit à la vie (article 2), « sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre » ; interdiction de la torture (article 3) ; interdiction de l'esclavage (article 4, alinéa 1) ; principe de la légalité des peines (article 7)¹.

En pratique, l'influence de la CEDH sur l'action des pouvoirs publics est indéniable depuis la ratification de la Convention par la France, le 3 mai 1974, et, plus encore, depuis l'ouverture, en France, des requêtes à tout particulier, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, le 2 octobre 1981.

La jurisprudence de la CEDH a contribué à transformer des pans entiers du droit français dès lors qu'ils n'étaient pas compatibles avec la protection des droits fondamentaux. On peut citer, à titre d'exemples :

- la mise en conformité de la législation française sur les écoutes téléphoniques administratives avec la Convention par la loi n° 91-646 du

¹ Article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques ;

- la rénovation du régime français de **garde à vue**, pour assurer le droit à l'assistance d'un avocat et, plus récemment, le droit au silence après plusieurs condamnations de notre pays en 2010 ;

- l'application des garanties du procès équitable, posé à l'article 6-1 de la Convention, dans les procédures juridictionnelles françaises : ainsi des règles précisant que le rapporteur public assiste mais ne participe pas au délibéré d'une formation de jugement du Conseil d'État et de celles imposant une séparation entre les fonctions consultatives et les fonctions contentieuses de ses membres¹.

Son influence est également indirecte car « *le mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* » revêt « *un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'Homme* »². Le Conseil d'État a par exemple développé, depuis 1991, un contrôle de proportionnalité des mesures prises dans le domaine de la police des étrangers afin de donner leur plein effet aux dispositions de l'article 8 de la Convention, relatives au droit au respect de la vie privée et familiale³.

Enfin, comme l'ont reconnu Angelika Nussberger, professeur de droit constitutionnel à l'université de Cologne et ancien juge à la CEDH, ainsi que Laurence Burgorgue-Larsen, professeure à l'université Paris I Panthéon Sorbonne, la Cour est devenue un « arbitre » des questions de société, et même « *le réceptacle des questions, parfois des maux, qui traversent toutes les sociétés de l'Europe* »⁴.

Ainsi, la Cour a été invitée à statuer tantôt sur l'arrêt de soins en fin de vie par une requérante souhaitant pouvoir mourir dignement, alors que son droit national interdisait le suicide assisté⁵, tantôt sur une demande de poursuite de soins pour une personne tétraplégique⁶.

De même, la Cour a été amenée à se prononcer à diverses reprises sur les conséquences juridiques d'une gestation pour autrui (GPA). Elle a condamné la France pour son refus de transcrire dans son état civil les actes de naissance d'enfants nés aux États-Unis par une telle technique, au motif que cette disposition porte atteinte à l'identité des enfants⁷. Mais elle a

¹ En particulier, CEDH, *Kress contre France*, 7 juin 2001, n°39594/98.

² CEDH, plénière, 23 juillet 1968, « affaire linguistique belge », n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 et CEDH, plénière, 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, n°5493/72.

³ Conseil d'État, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem (au sujet d'une expulsion)* ou Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas (au sujet d'une reconduite à la frontière)*.

⁴ Contribution écrite de Mme Laurence Burgorgue-Larsen.

⁵ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, n°2346/02.

⁶ CEDH, Gr.ch., 5 juin 2015, *Lambert et autres*, n° 46043/14.

⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson contre France*, n° 65192/11 et *Labassee contre France*, n° 65941/11.

considéré que le refus de reconnaissance, par l'Islande, de la qualité de parents d'un enfant aux deux femmes islandaises qui avaient eu recours à une GPA aux États-Unis pour avoir cet enfant, n'était pas contraire à la Convention¹.

La Cour a également joué un rôle important pour faire avancer les droits des personnes transsexuelles. Pendant longtemps, la Cour de cassation s'est opposée au changement d'état civil de personnes transsexuelles au nom du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. En 1992, la CEDH a condamné la France² pour violation de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, compte tenu des nombreux tracasseries auxquels s'exposait au quotidien une personne transsexuelle dont le sexe à l'état civil ne correspondait plus au sexe social. Puis en 2017, la Cour a condamné la France³, toujours sur le fondement du droit au respect de la vie privée, car elle faisait obligation aux personnes transsexuelles de subir une intervention stérilisante pour obtenir un changement de leur état civil. Le code civil avait cependant été modifié en 2016 pour supprimer cette exigence.

À partir d'un principe très général de « droit au respect de la vie privée », la Cour a ainsi déduit des règles qui n'avaient à l'évidence jamais été envisagées par les rédacteurs de la Convention ni par les États contractants au moment de la ratification du texte.

3. La tendance à la pénalisation de la vie politique

La mission s'est également intéressée à un autre aspect de la judiciarisation de la vie publique, que l'on peut décrire comme une tendance à la « pénalisation » de la vie politique. Elle consiste à rechercher la responsabilité pénale des élus ou des membres du Gouvernement pour des faits qui auraient autrefois donné lieu à une mise en cause de leur responsabilité politique ou à un contrôle par le juge administratif.

Pour l'universitaire Cécile Guérin-Bargues, la pénalisation de la vie politique est l'aspect le plus marquant du phénomène plus général de judiciarisation « *en raison de sa dimension symbolique et de sa résonance médiatique* »⁴.

a) Un phénomène qui a trouvé une nouvelle actualité

La crise sanitaire liée au covid-19 en a fourni une illustration frappante depuis deux ans. Entre le 28 juillet et le 31 décembre 2021, la Cour de justice de la République (CJR), compétente pour juger des crimes et délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, a ainsi reçu pas

¹ CEDH, 18 mai 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir et autres contre Islande*, n° 71552/17.

² CEDH, 25 mars 1992, *B. contre France*, n°13343/87.

³ CEDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot contre France*, n° 79885/12.

⁴ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire adressé par le rapporteur.

moins de **19 685 plaintes**, alors qu'elle en recevait auparavant qu'une quarantaine chaque année. Le pôle de santé publique du parquet de Paris a également été confronté à un afflux considérable puisque 18 400 plaintes avaient été reçues au mois de septembre 2021.

À l'initiative du parquet de Paris, plusieurs informations judiciaires ont été ouvertes contre X sur le fondement des délits d'abstention volontaire de combattre un sinistre, de mise en danger de la vie d'autrui, ou encore d'homicides et blessures involontaires. Des **perquisitions** ayant eu un fort retentissement médiatique ont été conduites, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte par la CJR, aux bureaux et aux domiciles de l'ancien Premier ministre Édouard Philippe, du ministre de la santé Olivier Véran, des anciennes ministres Agnès Buzyn et Sibeth Ndiaye et du directeur général de la santé Jérôme Salomon. La commission d'instruction de la CJR a par ailleurs **mis en examen** Agnès Buzyn, considérant qu'il existait des indices graves et concordants que l'ancienne ministre de la santé ait pu commettre le délit de mise en danger délibérée de la vie d'autrui, et elle l'a placée sous le statut de témoin assisté du chef d'abstention volontaire de combattre un sinistre.

Si la tendance à la pénalisation est particulièrement saillante depuis deux ans, les interlocuteurs de la mission ont souligné que le phénomène était en réalité plus ancien. Pour Antoine Garapon, la première vague de judiciarisation remonte au début des années 1990, avec l'affaire Urba-Gracco, l'affaire dite du sang contaminé et, à l'échelle internationale, la création des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie. Il l'explique par l'affaiblissement des médiations sociales traditionnelles et par un refus de l'imprévisibilité qui conduit à vouloir désigner un coupable lorsqu'un événement grave survient.

b) Les éléments propres à cette deuxième vague de pénalisation

Le « rebond » de la pénalisation observé depuis deux ans se distingue de la première vague par la place prise par le numérique. Comme le notait Antoine Garapon lors de son audition, « *le numérique renforce le caractère viral de cette tendance* » et « *la plainte en ligne confère une dimension pétitionnaire à l'accusation* ». On peut citer, pour illustrer ce dernier point, la plainte déposée par un collectif de six cents médecins, sur le fondement du délit d'abstention volontaire de combattre un sinistre, qui s'accompagne d'une pétition qui entend, en termes virulents, « *participer à la dénonciation des mensonges, de l'amateurisme et de la médiocrité de nos dirigeants qui ont conduit à la gestion calamiteuse de cette crise sanitaire et à un scandale d'État* »¹.

¹ Le texte de la pétition est toujours consultable en ligne : [RC 104. Ils savaient, et n'ont rien fait. 600 médecins portent pla... | Le Club \(mediapart.fr\)](#) Le nombre de six cents médecins est celui revendiqué par le collectif.

Cécile Guérin-Bargues a attiré l'attention de la mission sur le rôle joué par différents sites sur Internet qui mettent à disposition des modèles-types pour le dépôt de plainte. Certains incitent plus particulièrement au dépôt de plainte devant la CJR contre les ministres, par exemple le site de l'Association d'information et de défense de la santé publique et environnementale animée par un avocat controversé.

La plainte semble constituer un prolongement de la prise de parole et de la contestation, comme si la procédure pénale avait vocation à fournir une nouvelle caisse de résonance à des prises de position politiques. C'est d'abord **l'accusation publique qui est recherchée**, la plainte pénale offrant à la recherche des responsabilités une dimension *intuitu personae* absente du contentieux administratif, qui porte sur les actes.

Lors de son audition, Jean-Éric Schoettl a estimé que **l'augmentation du nombre d'associations autorisées à se porter partie civile** avait créé un contexte propice à la pénalisation. Il est vrai qu'une association peut avoir moins d'hésitations à s'engager dans une procédure pénale qu'un particulier. Une association peut se porter partie civile pour une victime, avec l'accord de cette dernière. Elle peut aussi, sous certaines conditions (ancienneté, agrément), se constituer partie civile pour elle-même. La liste des domaines dans lesquelles une association peut se porter partie civile est aujourd'hui particulièrement étendue¹.

c) Un risque de paralysie de l'action publique ?

Cette tendance à la pénalisation peut-elle paralyser l'action publique, ou à tout le moins freiner la prise d'initiatives par les décideurs publics ? L'ancien Premier ministre Édouard Philippe a posé la question sans ambages, le 21 octobre 2020, devant la commission d'enquête de l'Assemblée

¹ Les associations ayant pour objet l'un des buts suivants peuvent se constituer partie civile : lutte contre le racisme ou les discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; lutte contre les violences sexuelles et le harcèlement sexuel ; défense des enfants victimes de maltraitances ; lutte contre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre ; défense des personnes malades, handicapées ou âgées ; assistance des victimes de terrorisme ; lutte contre l'exclusion et la pauvreté ; défense des anciens combattants et victimes de guerre ; lutte contre la délinquance routière ; défense et protection des animaux ; défense de la langue française ; défense des victimes d'un accident collectif ; lutte contre la toxicomanie ou le trafic de stupéfiants ; défense des victimes des dérives sectaires ; défense des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ; défense des locataires, propriétaires et bailleurs d'immeubles d'habitation ; protection du patrimoine mobilier, immobilier et immatériel ; défense des entreprises et des salariés ; lutte contre l'esclavage, la traite des êtres humains et le proxénétisme ; lutte contre la corruption ; défense des victimes de bizutage ; défense de la mémoire de l'esclavage ; lutte contre le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme ; prévention de la violence à l'occasion de manifestations sportives ; lutte contre l'alcoolisme ou contre le tabagisme ; lutte contre les addictions aux jeux d'argent et de hasard ; défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'interruption de grossesse ; défense des consommateurs ; associations familiales ; associations départementales des maires pour certaines instances introduites par les élus municipaux.

nationale sur la gestion de la crise sanitaire¹ : « *Comment est-ce qu'on gère une crise sanitaire [...] quand vous avez immédiatement le risque pénal sur le dos ? Vous devriez réfléchir à ça, car c'est très difficile, pour les responsables publics, administratifs ou politiques* ».

Cette question avait déjà été posée, près de vingt ans plus tôt, le 23 janvier 1999, par l'ancien Premier ministre Laurent Fabius, qui déclarait, devant la Cour de justice de la République : « *Il serait extrêmement dangereux, confondant le politique et le pénal, de faire jouer la responsabilité pénale à tort, car on aboutirait alors à l'inverse du but recherché, c'est-à-dire au risque de voir les responsables refuser de se saisir des problèmes les plus difficiles, refuser de décider, bref la **paralysie**, et finalement - par un détournement paradoxal - l'irresponsabilité* »².

Cette préoccupation ne concerne pas que les seuls responsables politiques nationaux. À l'approche de la fin du premier confinement, le Sénat avait perçu l'**inquiétude des maires**, qui redoutaient une mise en cause de leur responsabilité pénale dans l'hypothèse où la réouverture des écoles, qui dépendent des communes, entraînerait la contamination d'élèves, et par extension de membres de leurs familles. À l'occasion de l'examen, en mai 2020, du projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, le Sénat avait obtenu que le code de la santé publique soit complété par un nouvel article L. 3136-2 rappelant que leur responsabilité pénale devrait être appréciée en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de leurs missions ou de leurs fonctions. Cet article n'avait pas véritablement modifié le droit en vigueur mais il avait constitué un signal politique apprécié des élus et qui avait apaisé leurs craintes.

En-dehors du contexte de la crise sanitaire, le Conseil d'État avait relevé les inconvénients de la pénalisation pour la prise de décision publique dans son étude, en date du 26 avril 2018, menée par le groupe de travail présidé par Jean-Ludovic Silicani³. La Haute juridiction avait noté que « *le « risque pénal » est fortement ressenti par les agents publics* » et elle avait souligné qu'il « *est dans l'intérêt général que ce « risque pénal » ne les conduise pas à adopter une attitude de **prudence excessive pouvant nuire à l'efficacité de l'action*** ».

¹ Audition d'Édouard Philippe, ancien Premier ministre, le 21 octobre 2020 par la mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de coronavirus, dotée des pouvoirs d'une commission d'enquête.

² Cf. l'article de Franck Nouchi, *Le Monde*, 9 mars 1999, « Sang contaminé : Edmond Hervé condamné, Laurent Fabius et Georgina Dufoix relaxés ».

³ Cf. l'étude adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 26 avril 2018, « La prise en compte du risque dans la fonction publique : pour une action publique plus audacieuse ». ([La prise en compte du risque dans la décision publique \(conseil-etat.fr\)](http://conseil-etat.fr))

4. Un pouvoir illégitime et sans contrôle ?

Le constat d'un pouvoir accru des juridictions depuis plusieurs décennies pose la question de la légitimité des magistrats à exercer ce pouvoir et du contrôle démocratique qui peut être exercé sur leur action.

Certains auteurs discernent en termes vifs un danger pour la démocratie. Jean-Éric Schoettl a intitulé son dernier ouvrage « *La Démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges* » et il évoque le « *caprice du juge* » qui se serait substitué au « *caprice du prince* »¹. Et l'universitaire Anne-Marie Le Pourhiet, professeure de droit public à l'université Rennes-I, de s'interroger : « *s'il est établi que l'on gouverne dans les prétoires, alors pourquoi se rendre dans l'isoloir ?* »².

a) Des jurisprudences difficiles à remettre en cause

Personne ne prétend cependant que les magistrats exercent un pouvoir qu'ils auraient usurpé : ils tirent leur légitimité de la Constitution, dont le titre VIII est consacré à l'autorité judiciaire, de la loi ou, s'agissant de la CEDH et de la CJUE, des traités internationaux qui ont défini leurs attributions et leurs missions. Cette légitimité paraît néanmoins seconde par rapport à celle conférée par l'élection. À cet égard, la mission partage l'analyse de l'ancien juge à la CEDH André Potocki qui déclarait lors de son audition : « *Il ne fait aucun doute pour moi que la source première de la légitimité, c'est l'élection. À ce titre, les membres du Parlement sont investis de cette autorité. Toutefois, d'autres légitimités concourent à protéger, renforcer et développer la démocratie. À mon sens, les juges ont une vraie légitimité qui renforce la légitimité électorale* ».

Alors que le pouvoir exécutif est soumis au contrôle du Parlement et que les parlementaires eux-mêmes sont régulièrement soumis au jugement de leurs électeurs, on peut se demander devant quelle autorité les magistrats rendent aujourd'hui des comptes. Comme l'indiquait Jean-Eric Schoettl, « *contrairement à la fonction publique, qui répond devant l'autorité ministérielle, ou au Gouvernement, qui répond devant le Parlement, ou au Parlement, qui répond devant le peuple, le juge est inamovible et ne répond devant personne, pas même devant sa hiérarchie* ».

Traditionnellement, en cas de désaccord avec une décision de justice, le législateur retrouvait le dernier mot en modifiant la règle applicable. Cet exercice est singulièrement compliqué lorsqu'une disposition législative est écartée au nom du contrôle de constitutionnalité ou du contrôle de conventionnalité. Réviser la Constitution n'est pas impossible – vingt-quatre révisions sont intervenues depuis 1958 – mais obéit à des règles de majorité

¹ Cf. la tribune de Jean-Éric Schoettl dans le journal *Le Figaro* du 22 mars 2022 ([Jean-Éric Schoettl: «Du caprice du prince au caprice du juge» \(lefigaro.fr\)](https://www.lefigaro.fr)).

² Cf l'article « *Gouvernement des juges et post-démocratie* » paru dans le numéro 61 de la revue *Constructif* (mars 2022).

exigeantes – approbation du projet dans les mêmes termes dans les deux chambres puis approbation par un vote du Congrès à la majorité des trois cinquièmes ou par référendum. L'obstacle n'est, de même, pas facile à franchir lorsque modifier la règle exige de dégager un consensus parmi les 27 États membres de l'Union européenne ou les 47 États membres du Conseil de l'Europe pour réviser les traités à l'unanimité.

Si la France estimait qu'une décision de la CJUE au sujet de l'interprétation d'un texte de **droit dérivé** menaçait ses intérêts fondamentaux, elle devrait d'abord solliciter la Commission européenne pour que cette dernière, qui dispose en principe du pouvoir d'initiative, rouvre un débat sur ce texte et propose de l'amender puis mener des négociations politiques avec les autres États membres et le Parlement européen afin de former une majorité politique en vue de l'adoption de cette réforme. C'est pourquoi il est possible de conclure que « *la prise de décision au sein de l'Union permet à la CJUE de bénéficier d'une très large marge de manœuvre*¹ ».

La procédure de révision des traités au sein de l'Union européenne (article 48 du TUE)

Dans la procédure de **révision ordinaire**, le gouvernement d'un État membre peut soumettre un projet de révision au Conseil de l'Union européenne². Ce projet est alors transmis au Conseil européen et notifié aux parlements nationaux.

Si le Conseil européen est favorable à une telle révision, il convoque une conférence des représentants des gouvernements des États membres pour arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux traités, le cas échéant après recommandation d'une Convention composée de parlementaires nationaux et européens, des chefs d'État ou de gouvernement des États membres et de la Commission européenne.

Il existe également une procédure de **révision simplifiée**, relative aux seules dispositions du TFUE relatives aux politiques et actions internes de l'Union européenne. Il revient alors au Conseil européen d'adopter à l'unanimité le projet de révision, après approbation du Parlement européen à la majorité de ses membres. Ce projet est ensuite transmis aux parlements nationaux et si l'un d'entre eux, dans les six mois de la notification, s'oppose à la réforme, elle ne peut entrer en vigueur.

De là, le projet de modification doit être **ratifié** selon les règles constitutionnelles en vigueur dans les États membres.

b) L'interaction des juridictions

L'action du pouvoir politique doit tenir compte des jurisprudences de cinq « cours suprêmes » – Conseil d'État, Cour de cassation, Conseil Constitutionnel, Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de justice de l'Union européenne – qui interprètent en partie le même corpus juridique. Pour Pierre Steinmetz, « *si l'on ajoute que chacune de ces cours entend être un*

¹ « *La Cour de justice au cœur de la gouvernance européenne* », Mme Sabine Saurugger et M. Fabien Terpan, *le Seuil « Pouvoirs »*, 2014.

² Il en va de même pour le Parlement européen ou la Commission européenne.

peu plus suprême et un peu plus gardienne des droits que les autres, on obtient un phénomène d'entraînement, pour ne pas dire de surenchère, qui devient extrêmement contraignant¹».

Le processus qui a conduit à l'adoption de la loi n° 2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention fournit une illustration frappante de la manière dont la « verticale judiciaire » ne laisse parfois guère de marge de manœuvre au législateur.

Au départ, le 30 janvier 2020, la CEDH a condamné la France à indemniser trente-deux personnes incarcérées dans plusieurs établissements. Elle a considéré que leurs conditions indignes de détention étaient constitutives d'un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a également jugé que les requérants ne disposaient pas d'une voie de recours effective pour faire cesser ces conditions de détention indignes, en violation de l'article 13 de la convention qui reconnaît à toute personne dont les droits et libertés ont été violés le droit à un recours effectif devant une instance nationale.

Puis, dans l'arrêt n° 1400 du 8 juillet 2020 (20-81.739), qui concerne un individu placé en détention provisoire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pris acte de l'arrêt de la Cour de Strasbourg et a indiqué au juge judiciaire la marche à suivre pour s'y conformer. Elle rappelle qu'il appartient au juge national, chargé d'appliquer la convention européenne des droits de l'homme, de tenir compte, sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs ou réglementaires, de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France pour le défaut de recours préventif permettant de mettre fin à des conditions de détention indignes.

Enfin, dans sa décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, après avoir rappelé qu'il appartient d'abord aux autorités judiciaires et administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes placées en détention provisoire soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne, le Conseil constitutionnel a souligné qu'il incombait au législateur de garantir à ces personnes la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine afin qu'il y soit mis fin. Il a donné au législateur jusqu'au 1^{er} mars 2021 pour y remédier.

Face à l'absence d'initiative du Gouvernement, le président de la commission des lois du Sénat, notre collègue François-Noël Buffet, a pris l'initiative de déposer une proposition de loi. Examinée dans des délais très courts par le Parlement, elle a été promulguée le 8 avril 2021.

Ce processus illustre le fait que le juge ne travaille pas isolément mais dans un système à l'intérieur duquel les décisions juridictionnelles se

¹ Audition du 4 janvier 2022.

confortent mutuellement. Ce pouvoir systémique a permis de faire progresser l'État de droit, dont l'apport est indiscutable.

B. UN PHÉNOMÈNE QUI NE DOIT CEPENDANT PAS ÊTRE SURESTIMÉ

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont vigoureusement contesté l'idée d'un pouvoir grandissant des juridictions ou ont invité à le nuancer. Le professeur Anne Levade a rappelé que le **droit n'est pas une fin en soi mais bien un outil dont l'objet est de « mettre en musique juridique » les principes décidés démocratiquement**. De même, Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, « *ne croit pas que la situation actuelle fasse apparaître de dérives inquiétantes* »¹.

Si l'intention ainsi exprimée est incontestable, il est permis d'être prudent quant à la réalité de la séparation des pouvoirs en 2022 (qualifiée de fiction par un universitaire auditionné) : entre une assez large agrégation de l'exécutif et du législatif, d'une part, et l'interaction avec le pouvoir des juges, d'autre part, l'analyse de votre rapporteur serait plutôt celle de pouvoirs hybrides plutôt que séparés, mais ceci sera évoqué plus loin.

Les représentants des organisations syndicales de magistrats, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, tout comme ceux de la profession d'avocat, ont rejeté le constat d'un pouvoir juridictionnel « *grandissant* » au détriment des autres pouvoirs – législatif et exécutif – **rappelant qu'ils sont, avant tout, défenseurs de la séparation des pouvoirs**.

Il convient donc de prendre en compte les **décisions juridictionnelles rendues dans leur diversité**.

1. Un juge capable de prendre des décisions pragmatiques qui lui sont parfois reprochées

a) Pendant la crise sanitaire, une prise en compte des circonstances exceptionnelles qui a pu être reprochée au juge

Plusieurs universitaires, notamment Paul Cassia, professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et Jean-Philippe Derosier, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Lille, ont souligné lors de leur audition que les juges s'étaient montrés **particulièrement pragmatiques lors de la crise de la covid-19, validant les principales restrictions de libertés décidées par le législateur ou le pouvoir réglementaire, ce qui a pu d'ailleurs leur être reproché**, par la doctrine ou le grand public.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a **validé la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire**, que la « *Constitution n'exclut pas* », par lequel le Premier ministre peut prendre des

¹ Contributions complémentaires.

mesures telles qu'un confinement de la population, considérant que le législateur avait procédé à une **conciliation équilibrée** entre **l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé** et le **respect des droits et libertés** reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République¹.

**La jurisprudence du Conseil constitutionnel
sur les outils de gestion de la crise sanitaire de la covid-19 entre mai 2020 et janvier 2022**

Outre le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil a **validé les principaux outils** destinés à faire face à la crise sanitaire :

- **fichiers** destinés au « *traçage* » des personnes atteintes par la covid-19 ou celles ayant été en contact avec ces derniers, sans le consentement des intéressés² ;
- **régime de sortie** de l'état d'urgence sanitaire³ ;
- **prorogation du régime de l'état d'urgence sanitaire** au terme d'un contrôle de la matérialité de la menace sanitaire et de sa durée prévisible⁴ ;
- subordination de l'accès aux « *grands rassemblements de personnes* »⁵ puis à de **nombreux lieux**⁶, au « *passé sanitaire* » pour limiter la propagation de l'épidémie sans qu'il n'impose ni obligation de soins ni vaccination ;
- subordination de l'accès à certains lieux au « *passé vaccinal* », ces mesures **n'étant pas** « en *l'état des connaissances, manifestement inadéquates au regard de l'objectif poursuivi et de la situation présente* », la loi prévoyant qu'il y est mis fin sans délai dès lors qu'il n'est plus nécessaire, sans qu'il soit considéré comme instaurant une obligation de vaccination⁷.

Tenant compte des circonstances, le Conseil constitutionnel a donc **fait primer la protection de la santé publique** et n'a **prononcé que des censures** sur des points certes importants, mais **circonscrits** et **n'empêchant pas la conduite générale de l'action publique**. Il s'est ainsi opposé :

- au placement « *automatique* » à l'**isolement** ;
- à la **rupture anticipée de certains contrats** de travail faute de vaccination⁸ ;
- à l'accès des directeurs d'école au **statut vaccinal des élèves**⁹ ;
- au fait de subordonner l'accès à une **réunion publique** à la présentation du « *passé sanitaire* »¹⁰.

¹ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, considérant 17.

² Ibid.

³ Décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020 sur la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

⁴ Décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020 sur la loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

⁵ Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, considérant 17.

⁶ Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

⁷ Décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 sur la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

⁸ Ibid supra.

⁹ Décision n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021 sur la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

¹⁰ Décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022 sur la loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

Pour éviter la censure, il a parfois assorti ses décisions de **réerves d'interprétation** qui ont pour objet de **guider l'action des pouvoirs publics**¹. Il a par exemple prévu **l'intervention obligatoire du juge judiciaire** pour toute prolongation de mesures de mise en quarantaine ou de placement à l'isolement pour une plage horaire supérieure à douze heures par jour au-delà du délai initial prévu de quatorze jours², ou **indiqué au pouvoir réglementaire qu'il lui appartenait de « définir des modalités de collecte, de traitement et de partage des informations assurant leur stricte confidentialité »** du traitement des données médicales des personnes atteintes du covid-19³.

Dans une décision remarquée, le Conseil constitutionnel a même **déclaré conforme une loi organique dont la procédure d'adoption était manifestement contraire à la Constitution, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce »**⁴, ce qui n'est pas sans rappeler la théorie des circonstances exceptionnelles dégagée par le juge administratif⁵.

Théorie à laquelle le Conseil d'État a lui aussi eu recours en ne **suspendant pas l'extension du « passe sanitaire » opérée contra legem par décret**, considérant qu'en « l'attente d'une nouvelle loi » et compte tenu de la récente dégradation de la situation sanitaire, le Premier ministre avait le pouvoir de prendre une telle mesure, « en particulier en cas de circonstances exceptionnelles »⁶.

Le juge est donc capable de procéder à une interprétation constructive des textes non pas pour empêcher mais au contraire pour faciliter l'action des pouvoirs publics au regard des circonstances.

¹ Voir infra.

² *Ibid*, considérant 43.

³ *Ibid*, considérant 73.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁵ Conseil d'État, 28 juin 1918, Heyriès et 28 février 1919, Dame Dol et Laurent.

⁶ Conseil d'État, ordonnances du 26 juillet 2021, n°s 45754, 454792 et 454818.

**La jurisprudence du Conseil d'État pendant la crise de la covid-19
entre mars 2020 et mai 2021**

La crise sanitaire a donné lieu à plus de 1 300 référés devant le Conseil d'État¹. Entre mars 2020 et avril 2021², le juge administratif a été saisi de 647 recours. Il a suspendu ou ordonné des mesures dans 51 d'entre eux.

Les principales mesures du Gouvernement ont donc été validées, le juge administratif s'étant principalement opposé à l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte³ ou de sortie des résidents des EHPAD⁴, ainsi qu'à l'obligation de fournir un motif impérieux pour les Français souhaitant rentrer de l'étranger⁵.

Le Conseil d'État a rejeté les recours formés contre l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoyant la prorogation de plein droit des détentions provisoires en raison de la situation sanitaire⁶, que la Cour de cassation n'a ensuite jugée compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme qu'à la seule condition qu'un juge examine à bref délai, s'il ne l'avait déjà fait, la nécessité de la détention en cause⁷, et que le Conseil constitutionnel a, *in fine*, censurée pour méconnaissance de l'article 66 de la Constitution – certes une fois que l'ordonnance n'était plus en vigueur⁸. Le Conseil d'État avait également rejeté le recours formé contre la possibilité d'imposer la visioconférence en matière pénale (sauf en matière criminelle)⁹, pour finalement suspendre sa généralisation pour tous les procès au pénal¹⁰, dispositifs qui ont tous deux été censurés par le Conseil constitutionnel¹¹.

Soucieux de ne pas entraver l'action administrative tout en assurant la protection des droits des justiciables, le Conseil d'État a également, par le **dialogue avec l'administration**, conduit le Gouvernement à **améliorer concrètement ses pratiques dans une cinquantaine d'affaires**, sans pour

¹ Source : *audition de Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État et membre de l'Institut.*

² Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés, 21 avril 2021, communiqué du Conseil d'État, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/covid-19-retour-en-chiffres-sur-un-an-de-recours-devant-le-conseil-d-etat-juge-de-l-urgence-et-des-libertes>

³ Conseil d'État, ordonnances du 18 mai 2020, rassemblements dans les lieux de culte, n°s 440361-440511, 440366 et suivants, 440512 et 440519.

⁴ Conseil d'État, ordonnance du 3 mars 2021, n° 449759.

⁵ Conseil d'État, ordonnances du 12 mars 2021, n°s 449743-449830 et 449908.

⁶ Conseil d'État, ordonnances du 3 avril 2020, n° 439894, 439877, 439887, 439890 et 439898.

⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mai 2020, n° 20-81.910.

⁸ Conseil constitutionnel, 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]

⁹ Ordonnance du 3 avril 2020 déjà citée.

¹⁰ Conseil d'État, ordonnances du 25 novembre 2020, n°s 446712, 446724, 446728, 446736, 446816 et du 12 février 2021 n°s 448972-448975 et 448981.

¹¹ Conseil constitutionnel, décisions n°s 2020-872 QPC du 15 janvier 2021 M. Krzysztof B. [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire] et 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021 M. Wattara B. et autres [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II].

autant censurer formellement ses décisions¹. De l'aveu même des administrations de l'État entendues par le rapporteur, le référé permet parfois d'ouvrir avec les administrés un dialogue qui a pu manquer dans le contexte d'urgence qui a caractérisé la crise sanitaire.

Selon Bernard Stirn, le juge des référés ne « *vient pas s'immiscer dans les choix de politique publique* », car il ne relève **pas de son office de « remettre en cause le choix des autorités publiques »**². Comme l'a rappelé Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État, lors de son audition, le juge a par exemple estimé qu'il n'entraîne pas dans ses compétences d'enjoindre à l'État de nationaliser deux entreprises en difficulté – des usines de fabrication de bouteilles d'oxygène, de masques ou de tests de dépistage de la covid-19³ – car ce sont des **choix d'ordre structurel ou normatif qui relèvent du pouvoir politique**.

Les représentants des organisations syndicales de magistrats administratifs, entendus par le rapporteur, comprennent d'ailleurs mal les critiques d'un juge qui entraverait l'action administrative : au quotidien, ils se voient plutôt souvent reprocher d'être du côté de l'administration ! Ils rappellent que **le juge administratif n'a pas vocation à se substituer à l'administration**, en d'autres termes à devenir le « juge administrateur » que la loi des 16 et 24 août 1790 a voulu proscrire. Pour Bernard Stirn, les critiques adressées au juge sont donc « *contradictoires et confortent le sentiment que la position du juge est empreinte d'équilibre* »⁴.

b) De longue date, le développement d'une jurisprudence pragmatique pour éviter d'entraver l'action publique

Le juge administratif a en effet de longue date développé des techniques pour éviter les annulations inutiles et assurer la stabilité et la sécurité des situations juridiques.

Il a notamment fait évoluer son **appréciation des conséquences que doivent entraîner les constats d'illégalité** avec les techniques de « *réfection des actes* », comme la neutralisation de motifs illégaux⁵, ainsi que la substitution de motifs⁶ ou de base légale⁷. Il a, dans le même esprit, développé une **technique de neutralisation de certains vices**, en limitant les

¹ Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés, 21 avril 2021, communiqué du Conseil d'État, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/covid-19-retour-en-chiffres-sur-un-an-de-recours-devant-le-conseil-d-etat-juge-de-l-urgence-et-des-libertes>

² Conseil d'État, ordonnance du 31 juillet 2007, Commune de Calais, n° 412125.

³ Conseil d'État, ordonnances de référé du 6 et 7 avril 2020, M Hervé et M. Michel, n°s 439950 et 439806

⁴ Contribution complémentaire.

⁵ Conseil d'État, Assemblée, 12 janvier 1968, ministre de l'économie et des finances c/ Dame Perrot, n° 70951.

⁶ Conseil d'État, section du contentieux, 6 février 2004, Mme Hallal, n° 240560.

⁷ Conseil d'État, section du contentieux, 3 décembre 2003, préfet de la Seine-Maritime, n° 240267.

cas où une illégalité de forme ou de procédure entraîne l'annulation d'un acte administratif¹ et même, récemment, en **fermant la possibilité de contester les conditions de forme et de procédure d'édition d'un acte réglementaire en dehors du recours par voie d'action** dans les deux mois de sa publication, c'est-à-dire à l'occasion d'un recours contre un refus d'abrogation ou en exception d'illégalité, qui peuvent intervenir à tout moment².

Plus récemment, il a décidé qu'il pouvait **se placer à la date à laquelle il statue pour apprécier la légalité des décisions**³, afin de tenir compte des éventuels changements de circonstances de droit et de fait.

**L'office du juge administratif
en contentieux de l'urbanisme ou de l'environnement**

Certaines matières contentieuses sont particulièrement emblématiques de techniques développées par le juge pour limiter les annulations.

Ainsi en **contentieux de l'urbanisme**, il a jugé que **l'illégalité d'une délibération** prescrivant l'élaboration ou la révision **d'un plan local d'urbanisme** ne pouvait plus être contestée au moment de son approbation⁴.

Il s'autorise aussi à **surseoir à statuer** pour permettre la **régularisation de documents d'urbanisme** (permis de construire par exemple) entachés d'irrégularité, sans pour autant remettre en cause la procédure d'obtention de l'autorisation d'urbanisme⁵. Il peut également y procéder en **matière d'environnement**, en vue de la **régularisation de vices de procédure** affectant une **autorisation environnementale**⁶.

Au nom de la **sécurité juridique**, le juge administratif s'est autorisé à **moduler dans le temps les effets des annulations qu'il prononce**⁷ ou encore à décider que les règles nouvelles définies par un **revirement de jurisprudence** ne sont **applicables que pour l'avenir**⁸.

Cette évolution a d'ailleurs manifestement inspiré le Constituant qui, lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, a prévu qu'à l'occasion de son jugement d'une question prioritaire de constitutionnalité, le **Conseil constitutionnel pouvait fixer à une date ultérieure l'abrogation** d'une disposition censurée, ainsi que déterminer les « *conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être*

¹ Conseil d'État, Assemblée, 23 décembre 2011, M. Danthony, n° 335033.

² Conseil d'État, Assemblée, 18 mai 2018, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, n° 414583.

³ Conseil d'État, dixième chambre, 19 juillet 2019, Association des américains accidentels, n°s 424216, 424217.

⁴ Conseil d'État, section, 5 mai 2017, commune de Saint Bon Tarentaise, n° 388902.

⁵ Conseil d'État, section, 22 février 2017, Mme Bonhomme et autres, n° 392998 et 22 décembre 2017, Commune de Sempy c/ M. Merlot, n° 395963.

⁶ Conseil d'État, sixième et cinquième chambres réunies, avis, 27 septembre 2018, Association Danger de tempête sur le patrimoine rural et autres, n° 420119.

⁷ Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n° 255886.

⁸ Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545.

remis en cause »¹. Le juge constitutionnel peut ainsi par exemple éviter des conséquences manifestement excessives sur l'activité économique ou l'action publique.

L'office du juge constitutionnel et l'effet de ses décisions *a posteriori*

Le Conseil constitutionnel **rapporte ainsi fréquemment dans le temps l'abrogation** de dispositions déclarées inconstitutionnelles pour **permettre au législateur d'intervenir** et éviter des conséquences manifestement excessives. Il a par exemple donné un délai de cinq mois au législateur pour mettre en place une procédure permettant à un détenu de contester ses conditions indignes d'incarcération².

Autre exemple, il a récemment prononcé une décision de non-conformité « de date à date » des dispositions de l'article L. 144-4 du code minier qui prévoyaient une prolongation de plein droit des concessions minières en exploitation au 31 décembre 2018, pour la seule période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi "Climat et résilience" du 22 août 2021. Il a en effet considéré que l'adoption dans cette loi d'un nouvel article L. 114-3 du code minier avait remédié à l'inconstitutionnalité des dispositions litigieuses et ne les a donc pas abrogées. Il a toutefois maintenu l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité aux instances introduites à cette date et non jugées définitivement. En conséquence, les juridictions ne peuvent plus appliquer la loi déclarée non conforme dans toutes les instances en cours à la date de la décision du Conseil constitutionnel. Autrement dit, la déclaration d'inconstitutionnalité profite non seulement au requérant, mais aussi à tous ceux qui ont également un contentieux non définitivement jugé³.

Cette affirmation bienvenue s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence constante. Le Conseil constitutionnel dans sa décision *Force 5*⁴ du 28 mai 2020 avait déclarées déjà **inconstitutionnelles « de date à date » des dispositions du code de l'énergie** encadrant les autorisations l'exploitation d'une installation de production d'électricité, **sans remettre en cause les mesures prises sur ce fondement**, eu égard aux conséquences manifestement excessives qui en auraient résulté.

Le **recours aux réserves d'interprétations neutralisantes** constitue également un outil fréquemment utilisé par le Conseil constitutionnel pour éviter une censure. Il s'agit de n'admettre la conformité à la Constitution d'une disposition qu'au prix de son interprétation dans un sens conforme aux exigences constitutionnelles. Cet outil est toutefois paradoxal : s'il permet d'éviter la censure, il peut donner le sentiment que le juge se substitue au législateur en corrigeant directement la loi ou en édictant de nouvelles obligations, ce qui a pu être critiqué.

Il faut toutefois noter que, répondant au grief de requérants reprochant l'inaction du Gouvernement « *ayant conduit au non-respect de la trajectoire de la France en matière de réduction des gaz à effets de serre* », et demandant au Conseil constitutionnel d'enjoindre au Gouvernement de

¹ Article 62 de la Constitution.

² Décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus].

³ Décision n° 2021-971 QPC du 18 février 2022 France nature environnement [Prolongation de plein droit de certaines concessions minières]

⁴ Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité].

« prendre les mesures adéquates pour y remédier », le Conseil constitutionnel a **affirmé dans un considérant inédit qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur »**, et qu'il ne peut examiner la conformité à la Constitution que des seules « dispositions déterminées et à la condition de contester le dispositif qu'elles instaurent »¹.

Cette affirmation bienvenue est conforme au principe de séparation des pouvoirs, et s'inscrit **dans la continuité de sa jurisprudence constante** depuis 1975² selon laquelle « *la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur »³ et « qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »⁴.

2. Une pénalisation parfois spectaculaire mais qui aboutit à peu de condamnations

En ce qui concerne ensuite la tendance à la pénalisation de la vie politique évoquée précédemment, plusieurs éléments doivent être mentionnés qui conduisent à en relativiser l'importance et les effets.

a) Le bilan modeste de l'activité de la Cour de justice de la République

S'agissant de la responsabilité pénale des ministres, le président de la Cour de justice de la République (CJR), Dominique Pauthe, a rappelé au cours de son audition que la formation de jugement de la CJR ne s'est réunie qu'à **sept reprises** depuis sa création en 1993 et qu'elle n'a pas fait preuve d'une particulière sévérité. Ont en effet été prononcés quatre relaxes, deux dispenses de peine et quatre condamnations à une peine ; la première peine a été fixée à un an d'emprisonnement avec sursis, la seconde à trois ans d'emprisonnement avec sursis, 22 euros d'amende et cinq ans de privation du droit de vote, la troisième à un mois d'emprisonnement avec sursis et 5 000 euros d'amende, la quatrième à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 100 000 euros d'amende.

Ce rappel a amené le président Pauthe à s'interroger : « *peut-on considérer que par de telles décisions, la Cour a exercé une quelconque emprise sur le pouvoir politique ?* ». Le faible nombre de procès et le niveau modeste des peines prononcées peuvent légitimement conduire à en douter.

¹ Décision n° 2021-825 DC du 13 août 2021, Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, considérants 2 et 3.

² Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, considérant 1.

³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019, Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution].

⁴ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 41.

Le décalage entre le nombre de plaintes reçues et le faible nombre de procès laisse penser que **le filtre que constitue la commission des requêtes joue convenablement son rôle**. Cette commission examine si les plaintes sont recevables, notamment si le plaignant a un intérêt à agir, si les faits dénoncés paraissent constitutifs d'un délit et, le cas échéant, elle qualifie pénalement les faits à raison desquels il y a lieu de poursuivre. La commission peut mener des investigations en faisant application des articles du code de procédure pénale relatifs à l'enquête préliminaire.

Organisation et mission de la Cour de justice de la République

Créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, la CJR est prévue aux articles 68-1 et 68-2 de la Constitution, dans un titre X relatif à la responsabilité pénale des membres du gouvernement. Elle s'est substituée à la Haute Cour de justice, qui était composée uniquement de parlementaires et qui était saisie après le vote d'un texte identique dans les deux assemblées.

La CJR est compétente pour juger les membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crime ou de délit au moment où ils ont été commis. Les infractions sans lien avec l'exercice des fonctions sont jugées par les juridictions pénales de droit commun.

La Cour comprend une commission des requêtes, une commission d'instruction et une formation de jugement.

La **commission des requêtes** est composée de sept magistrats, issus de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes. Elle examine les plaintes et décide soit de les classer, soit d'engager des poursuites en transmettant la plainte au procureur général près la Cour de cassation.

Si la plainte passe ce premier filtre, elle est instruite par la **commission d'instruction**, composée de trois magistrats issus de la Cour de cassation. Cette commission procède à des investigations comme le ferait un juge d'instruction puis décide au terme de ses investigations le renvoi ou non des personnes incriminées devant la formation de jugement.

La **formation de jugement** est composée de trois magistrats professionnels, dont le président de la Cour, et de douze parlementaires, élus par l'Assemblée nationale et le Sénat. Elle se prononce, à la majorité absolue, sur la culpabilité du prévenu et, le cas échéant, sur la peine. L'arrêt de la Cour n'est pas susceptible d'appel. Il peut en revanche faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

De fait, les 19 685 plaintes types reçues entre le 28 juillet et le 31 décembre 2021 ont été **classées sans suite** en janvier 2022, la commission des requêtes ayant estimé que les faits dénoncés ne constituaient pas un délit. Christian Pers, président de la commission, a indiqué que seulement 21 saisines de la commission d'instruction étaient intervenues depuis la fin de l'année 2018, dans quatre dossiers distincts, dix-huit saisines se rapportant à la crise sanitaire.

b) Des poursuites contre les élus locaux qui semblent orientées à la baisse

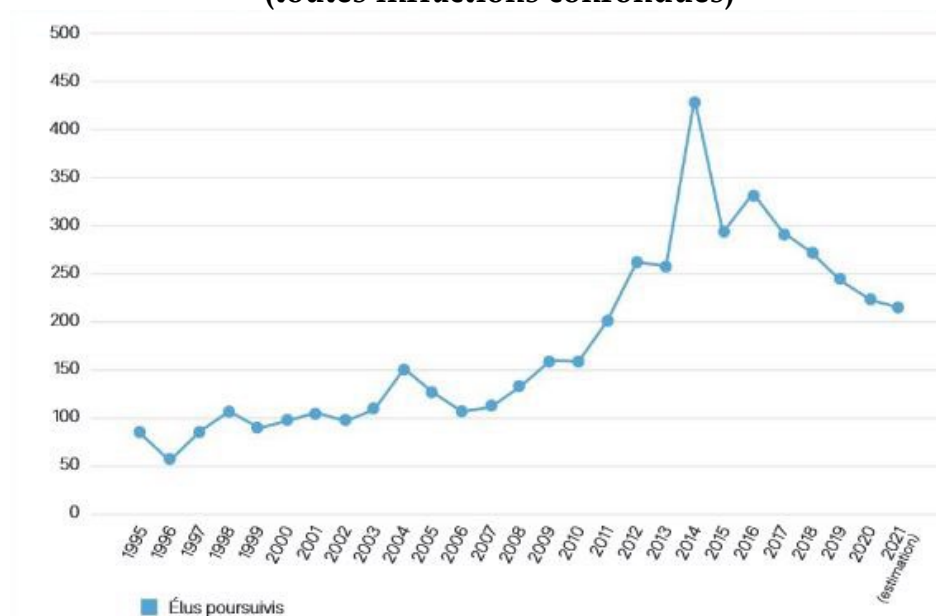
Le ministère de la justice ne dispose pas de statistiques permettant de connaître précisément le nombre de décideurs publics poursuivis ou condamnés.

Concernant les élus locaux, les seules données disponibles sont celles publiées, chaque année, par l'Observatoire des risques de la vie territoriale et associative créé par la mutuelle SMACL Assurances, qui compte de nombreuses collectivités territoriales parmi ses clients. Même s'ils doivent être examinés avec prudence, les chiffres fournis par cet Observatoire suggèrent une tendance plutôt rassurante¹.

Ces statistiques sont élaborées à partir des contentieux déclarés par les collectivités, les élus locaux et les fonctionnaires territoriaux clients de la mutuelle. Ces données sont complétées à partir des informations collectées dans la presse et des décisions de justice accessibles sur les bases de données juridiques. Les données recueillies ne peuvent donc prétendre à l'exhaustivité mais elles permettent de dégager une tendance qui paraît représentative de l'évolution générale du contentieux.

Depuis 2016, le nombre d'élus locaux poursuivis s'inscrit en baisse : en 2020, des poursuites ont été recensées contre 223 élus, soit une centaine de moins qu'en 2016. Cette diminution fait cependant suite à une période pendant laquelle le nombre de poursuites avait notablement augmenté (cf. graphique ci-dessous).

**Nombre d'élus locaux poursuivis par année
(toutes infractions confondues)**



Source : Rapport annuel 2021 de l'Observatoire SMACL, Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux, page 20

¹ Cf. le rapport 2021 de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale et associative (Rapport annuel 2021 de l'Observatoire SMACL (calameo.com))

Le nombre d'élus poursuivis apparaît donc marginal. De plus, **seuls 38,9 % des élus poursuivis sont finalement condamnés.**

L'Observatoire note un décalage entre la **perception des élus** et la **réalité statistique concernant le fondement des poursuites pénales**. Les élus interrogés pensent que le premier motif de poursuites est en lien avec des accidents survenus à des usagers des services publics locaux. En réalité, les premiers motifs de poursuites portent sur des manquements à la probité (favoritisme, corruption, prise illégale d'intérêt...).

L'Observatoire relève également un doublement du nombre de poursuites pour **diffamation** entre les mandatures 2008-2014 et 2014-2020, qu'il explique par l'utilisation croissante des réseaux sociaux mais aussi par une « judiciarisation du débat politique » qui conduit des adversaires politiques dans une collectivité à saisir plus fréquemment les tribunaux pour faire trancher des querelles fondamentalement politiques.

Ce décalage entre le ressenti des élus et la réalité statistique plaide pour une meilleure connaissance du « risque pénal » réellement encouru par les responsables publics. Il est regrettable que les seuls éléments disponibles résultent de l'initiative d'une mutuelle, qui ne dispose nécessairement que de données incomplètes. La mission renouvelle donc une recommandation qui figurait déjà dans le rapport Silicani du 26 avril 2018 sur la prise en compte du risque dans la décision publique, tendant à mettre en place un **outil statistique** permettant de mesurer le « risque pénal » pour les agents publics, de manière à ce que son niveau et son évolution puissent être appréciés sur la base de données fiables et objectives.

c) Un écho médiatique et des conséquences politiques qui peuvent en revanche être importants

Plus que par le risque de condamnation, la tendance à la pénalisation de la vie politique peut avoir un effet délétère sur la capacité de décision des responsables publics en raison de la crainte qu'une mise en cause par la justice rencontre un fort écho médiatique et nuise à leur carrière politique.

Le prétoire est trop souvent perçu comme un « ring », dans une société de plus en plus marquée par une culture du « clash », qui ne peut que nuire à la réputation de la personne mise en cause, même si la décision de justice lui est finalement favorable.

De plus, depuis le début des années 1990 et la jurisprudence « Bérégovoy-Balladur », il est d'usage qu'un ministre mis en examen démissionne. Les procédures pouvant durer plusieurs années, la carrière du responsable politique s'en trouve nécessairement impactée, même si la décision finale lui est favorable. La longueur des procédures devant la CJR, qui est souvent saisie longtemps après les faits et après que les juges de droit

commun ont mené une première instruction, pose une difficulté particulière dans ce contexte.

Après une relaxe ou un non-lieu, l'atteinte à la réputation demeure, une telle décision ne recevant jamais un écho médiatique comparable à celui d'une mise en examen ou d'une perquisition dans les locaux d'un ministère.

3. Droit européen : des crispations finalement ponctuelles ?

Professeur à l'Université de Pavie en Italie, Jacques Ziller a mis en garde la mission contre des « *fausses querelles* » qui « *reposent sur une vision incomplète et tendancieuse de la jurisprudence* ». Il a estimé que « *dans le débat politique, en France mais aussi dans d'autres États membres, des conflits entre les juridictions nationales, d'une part, et la CJUE et la CEDH, d'autre part, sont montés en épingle. Or, dans les faits, ces conflits sont extrêmement rares puisqu'en 70 ans d'existence de ces deux institutions, plusieurs milliers d'arrêts ont été rendus – la CJUE et le Tribunal de l'Union européenne rendent en moyenne 1 000 arrêts par an et la CEDH plusieurs centaines – et une dizaine d'entre eux seulement a donné lieu à des conflits avec les juridictions nationales* ».

Ce rappel invite à mettre en perspective les tensions qui apparaissent à l'occasion de telle ou telle décision prise par les juridictions européennes. Si les tensions existent, elles ne sont peut-être pas si nombreuses au regard de l'activité des juridictions.

a) La CEDH déclare irrecevables la plupart des requêtes qui lui sont adressées

La jurisprudence de la CEDH pose-t-elle de graves difficultés à la France et nuit-elle à l'efficacité de ses politiques publiques ?

Statistiquement, le nombre de condamnations de la France peut sembler élevé de prime abord : en 2021, la Cour a prononcé sept condamnations pour violation de la Convention sur quatorze arrêts concernant la France (soit 50 % des cas) ; sur la période 1959-2021, 766 condamnations pour violation de la Convention ont été prononcées sur 1062 arrêts la concernant (soit un peu plus de 72 % des requêtes).

En valeur absolue, il demeure cependant très faible au regard de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions françaises. De plus, considérer le nombre d'arrêts masque le fait que **98 % des requêtes concernant la France sont déclarées irrecevables** et ne donnent pas lieu à jugement. Même en matière de droit des étrangers, où il est parfois reproché à la jurisprudence de la CEDH de déstabiliser le contentieux français, 98 % des affaires adressées à la Cour ne présentent pas de violation de la Convention.

Certaines affaires emblématiques peuvent donc rencontrer un écho médiatique qui fausse la perception mais dans son activité quotidienne la Cour de Strasbourg confirme beaucoup plus souvent qu'elle n'infirme les décisions rendues en France.

Certaines de ces décisions emblématiques ont par ailleurs amené le législateur à intervenir **sans qu'il existe pour autant un conflit ou une opposition entre les principes posés par la Convention et les valeurs défendues par la France**. A déjà été mentionnée la réforme du régime de la garde à vue. Plus récemment, le 30 janvier 2020¹, saisie de 32 requêtes individuelles, la Cour a condamné la France pour traitements inhumains et dégradants (violation de l'article 3 de la Convention) en raison des conditions de détention imposées aux requérants et pour le non-respect du droit à un recours. Si les solutions politiques pour y remédier (construction de nouveaux établissements, développement d'alternatives à l'incarcération...) peuvent donner lieu à débat, le constat effectué par la Cour est partagé. Il faut d'ailleurs rappeler que le Sénat a été pionnier pour contrôler les lieux de de privation de liberté et demander le respect, en leur sein, des droits fondamentaux².

Au total, cinq États parties représentent à l'heure actuelle, les trois quarts des requêtes pendantes devant la Cour: Russie (23 %), Turquie, Ukraine (autour de 20 %), Roumanie (9 %) et Italie (5 %). Ce classement ne surprend guère compte tenu de la dégradation du respect des droits fondamentaux dans certains de ces pays. Le déclenchement de l'invasion russe en Ukraine a même entraîné le retrait de la Russie du Conseil de l'Europe, le 16 mars 2022, vingt-six ans après son adhésion. Ce retrait met fin - espérons-le provisoirement - au rêve de « Maison commune de l'Europe » esquissé par Mikhaïl Gorbatchev, alors secrétaire général du comité central du parti communiste de l'URSS, dans un célèbre discours prononcé devant le Conseil de l'Europe en juillet 1989.

b) Des tensions circonscrites avec la CJUE

Des tensions nouvelles apparaissent incontestablement, illustrées par deux arrêts récents de la CJUE, l'un sur le temps de travail des militaires, l'autre sur la conservation des données de connexion qui pose des difficultés aux services de renseignement et pour les enquêtes pénales. La situation de la France est cependant très différente de celles de certains pays d'Europe centrale et orientale qui sont engagés dans un affrontement politique et juridique global avec les institutions européennes.

¹ CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres contre France*, req. n°9671/15 et 31 autres.

² Pour rappel, sur le rapport de notre ancien collègue Jean-René Lecerf, lors de l'examen de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, le Sénat avait défendu le principe de l'encellulement individuel contre l'avis du gouvernement et de l'Assemblée nationale.

Il convient d'abord d'évaluer l'ampleur « quantitative » de l'activité jurisprudentielle de la Cour¹.

Le nombre d'arrêts de la CJUE concernant la France est peu élevé. Ainsi, en 2020 (derniers chiffres disponibles), la France n'a effectué que 21 renvois préjudiciels. Aucun recours en manquement n'a été enregistré à son sujet et elle n'a subi aucune condamnation à ce titre.

L'interprétation du droit européen par la Cour dans un contentieux sur l'interprétation du droit européen étant applicable à l'ensemble des États membres, la France doit être vigilante sur l'ensemble de ces contentieux. Or, le nombre de renvois préjudiciels donnant lieu à une position de la Cour est conséquent (488 en 2020)². C'est pourquoi elle effectue une veille systématique des contentieux instruits et indique ses priorités et ses préoccupations à la Cour par de régulières interventions dans le cadre des procédures instruites (en pratique, ce rôle est dévolu à la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères, en lien avec le Secrétariat général des affaires européennes).

Et, force est de constater que, dans la période récente, à l'exception des deux arrêts précités, la jurisprudence de la Cour n'a pas engendré de difficulté grave pour la France.

Face à l'extension continue du champ de compétences de l'UE, certaines cours suprêmes ont souhaité depuis longtemps réaffirmer leur propre autorité. L'exemple le plus significatif est celui du Tribunal constitutionnel allemand, qui, depuis de longues années a développé une jurisprudence basée sur l'acceptation de la primauté du droit de l'Union sur le droit allemand pour autant que le droit de l'Union ne remette pas en cause les droits fondamentaux ni les principes constitutionnels énumérés à l'article 79 de la Loi Fondamentale, au titre de cette jurisprudence dite « Solange ».

Dans un arrêt du 5 mai 2020, estimant que le programme d'achat de titres sur le marché secondaire décidé par la Banque centrale européenne (BCE) et mis en œuvre par les Banques centrales de la zone euro était contraire aux traités pour non-respect des compétences (*ultra vires*), le Tribunal constitutionnel allemand a considéré que « l'interprétation des traités opérée par la Cour de justice (n'était) plus compréhensible, et dès lors, objectivement arbitraire »³. En l'espèce, la CJUE était mise en cause pour n'avoir pas suffisamment contrôlé la proportionnalité des mesures décidées par la BCE à l'aune de leurs conséquences sur les États membres. Certes, le litige a été ensuite « purgé » par l'apport de précisions complémentaires par la BCE à la Cour et par des mesures d'apaisement politiques mais il a laissé des traces car il portait sur la légitimité du juge européen.

¹ Les données chiffrées mentionnées sont issues du rapport annuel 2020 de la CJUE.

² Dont 317 arrêts, 59 ordonnances à caractère juridictionnel et 112 autres ordonnances.

³ *Bundesverfassungsgericht*, 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, pt 112.

Ces contestations ponctuelles en France ou en Allemagne sont à distinguer de l'antagonisme frontal, juridique et politique, qui oppose aujourd'hui l'Union européenne et certains États membres, au premier rang desquels la Hongrie, la Pologne et, dans une moindre mesure, la Roumanie, dans le domaine des droits fondamentaux. L'Union européenne endosse désormais un rôle de protection de ces droits avec la mise en place, en 2020, d'un suivi de l'État de droit dans chaque État membre par la Commission européenne ou l'instauration d'un mécanisme conditionnant l'octroi des fonds européens aux États membres à leur respect préalable dudit État de droit.

Cela a conduit la CJUE à devoir préciser les critères d'interprétation et d'application de l'article 2 du TUE relatifs aux valeurs fondamentales de l'Union. À titre d'exemple, la Hongrie et la Pologne ont contesté le mécanisme de conditionnalité devant la Cour en considérant en particulier qu'il n'existait pas une base juridique pertinente pour un tel mécanisme et que l'Union européenne excédait ses compétences. La CJUE a rejeté ces recours en rappelant que le respect par les États membres des valeurs communes sur lesquelles l'Union européenne est fondée définissaient son identité et justifiaient la confiance mutuelle entre eux¹.

En pratique, en Pologne et en Roumanie, le conflit s'est cristallisé sur l'indépendance des juges après l'adoption de plusieurs dispositions normatives, parfois constitutionnelles, induisant un changement inédit de la composition des juridictions et instituant un contrôle disciplinaire renforcé de leur action. La CJUE a alors demandé aux juges nationaux d'écarter les dispositions, même constitutionnelles, faisant obstacle à l'application du droit européen, au nom de la primauté de ce dernier². En réponse, la Cour constitutionnelle polonaise a déclaré « inconstitutionnelle » l'interprétation de certains articles des traités par la CJUE³. Et la Cour constitutionnelle roumaine, dans un simple communiqué de presse, a considéré que les modifications exigées nécessitaient une révision constitutionnelle.

Le présent rapport ne vise pas à effectuer un état des lieux détaillé de cette opposition⁴ mais il convient d'en souligner l'importance pour expliquer que par son acuité et sa permanence, ce conflit fragilise structurellement l'autorité de la cour qui est la « gardienne » du projet européen.

¹ CJUE, 16 février 2022, *Hongrie contre Parlement et Conseil et Pologne contre Parlement et Conseil*, C-156/21 et C-157/21.

² *Concernant la Pologne* : CJUE, 2 mars 2021, *A.B.e.a., req. C-824/18*.

³ *Trybunał Konstytucyjny w składzie*, 7 octobre 2021, K 3/21.

⁴ *Sur les défis actuels de l'État de droit dans l'Union européenne, voir le rapport d'information n°457 (2020-2021) de MM. Philippe Bonnacarrère et Jean-Yves Leconte au nom de la commission des affaires européennes du Sénat, en date du 18 mars 2021.*

C. DES EFFETS AMBIVALENTS SUR NOTRE DÉMOCRATIE

1. La plupart de ces changements ont été démocratiquement décidés

Il est raisonnable de commencer par rappeler que les changements qui ont conduit au renforcement du rôle des juridictions ont été démocratiquement décidés. Il n'y a pas eu de « prise de pouvoir » par les juges : ils usent seulement des prérogatives qui leur ont été attribuées.

La supériorité des traités sur la loi est inscrite dès l'origine dans la Constitution de 1958. Les extensions successives des possibilités de saisine du Conseil constitutionnel, notamment via la QPC en 2008, n'ont pas suscité d'oppositions majeures. C'est le législateur qui a créé les procédures de référé que met en œuvre le juge administratif.

Tout comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, les traités successifs ayant institué l'Union européenne et étendu progressivement ses compétences ont été signés et ratifiés par la France. Le Gouvernement et le Parlement français ont accepté ces évolutions, le cas échéant, après des débats démocratiques approfondis (par exemple, lors de la campagne du référendum de ratification du traité de Maastricht, le 20 septembre 1992).

Le gouvernement français a également accepté le droit européen dérivé. Les représentants du gouvernement français siègent en effet au sein du Conseil où ils négocient le contenu des règlements et des directives. Et si la France s'oppose au principe même d'une initiative législative européenne proposée par la Commission européenne, il est peu probable que cette proposition soit adoptée. En outre, s'ils soutiennent un projet de législation européenne dans son principe tout en ayant des réserves sur l'une de ses dispositions, les diplomates français suivant le dossier peuvent négocier une réserve d'interprétation.

Évoquant la judiciarisation de la vie publique, le professeur Philippe Raynaud a rappelé à raison que « *les transformations qui y ont conduit et que certains dénoncent sont le fruit de décisions politiques relativement rationnelles, qui ont été accomplies sans opposition majeure* ». Faisant le lien avec la question de l'État de droit, il a ajouté que « *les démocraties ont accepté de limiter les pouvoirs des gouvernants ou des législatures afin de mieux garantir les droits des individus ou des citoyens et de protéger la minorité de la tyrannie de la majorité, ou pour éviter des politiques économiques qu'à tort ou à raison on considérerait comme aventureuses* ».

2. Dans les démocraties modernes, le pouvoir de la majorité est limité par l'État de droit

Le temps où le législateur, exprimant la volonté générale, était souverain, est révolu depuis longtemps. En France, jusqu'à la Cinquième République, le vote de la loi n'était en principe soumis à aucun contrôle juridique. En théorie, le juge contrôlait les actes réglementaires issus de la loi et en garantissait la mise en œuvre mais ne devait pas « faire la loi ». La réalité était toutefois sans doute déjà plus nuancée. Car la loi ne peut fixer les détails. Portalis affirmait ainsi dès 1804 que « *la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ses principes en action...* »

Mais dans les démocraties parlementaires contemporaines, le pouvoir des gouvernements et du législateur est limité par le droit, dans le cadre d'un État de droit.

Comme l'a expliqué Guillaume Tusseau, professeur de droit public à l'institut d'études politiques de Paris, « *la démocratie constitutionnelle contemporaine se définit généralement ainsi comme l'association d'un pouvoir politique tirant sa légitimité de l'élection, d'une part, et du respect des valeurs fondamentales, tendanciellement soustraites au jeu politique majoritaire, d'autre part* ». En effet, « *il faut s'interroger sur le type de société auquel on aspire : s'agit-il d'une société où le vainqueur des élections doit être en mesure de mettre en œuvre son programme dans son intégralité, sans le moindre obstacle, quitte à en répondre devant les citoyens à l'issue de son mandat ? S'agit-il à l'inverse d'une société où la majorité ne peut pas tout faire mais, du fait de l'existence de freins et de contrepoids, voit ses ambitions par avance limitées ?* »

Ce système a été mis en place en Europe en réaction aux horreurs de la Seconde guerre mondiale entre 1939 et 1945. Et parce que, dans ce contexte, le régime nazi, pourtant arrivé au pouvoir en 1933 en respectant les procédures parlementaires, a pu organiser l'extermination de millions d'individus pour ce qu'ils étaient. Comme l'affirmait avec émotion René Cassin, « *Quoi qu'en disent les pessimistes systématiques, il y a au moins un continent où un groupe imposant d'États s'est efforcé de tirer les leçons de la deuxième guerre mondiale*¹ ».

À cet égard, en France, la mise en place du Conseil constitutionnel a constitué une rupture par rapport à notre culture constitutionnelle de la suprématie de la loi. Une deuxième étape déterminante a été franchie avec la décision du 16 juillet 1971² du juge constitutionnel, lorsqu'il décida, saisi pour la première fois par le Président du Sénat, de contrôler effectivement le respect des droits visés par le Préambule de la Constitution. Ainsi, comme le

¹ Discours de réception du prix Nobel de la paix, 11 novembre 1968.

² Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 – loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

soulignait récemment le Président du Sénat, « *les garanties de l'État de droit sont les conditions d'une démocratie libérale*¹ ».

Cette notion est désormais omniprésente dans le droit de l'Union européenne, dans les discours politiques et dans nombre d'articles de doctrine. Hélène Gaudin souligne son apparition récente dans la jurisprudence de la CJUE : « *la notion d'État de droit constitue en effet une nouveauté dans le droit de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour de justice, où elle apparaît en 2018 dans une question des juges de la Cour des comptes portugaise puis plusieurs fois concernant la Pologne, avec une procédure entamée devant la Commission européenne. Cet élément est très important car il me semble constituer un tournant. En effet, pour la première fois, nous voyons un État condamné en manquement pour violation des valeurs de l'Union...* »².

Son succès, il faut le constater, résulte également de sa polysémie et de ce fait, de sa plasticité, étant désormais « la valeur des valeurs communes », celle qui les englobe toutes.

L'État de droit

L'État de droit est une notion qui trouve ses origines dans l'histoire juridique européenne ; elle fut conceptualisée, à compter du XIXe siècle, sous différents termes, principalement le *Rule of Law* anglo-saxon et le *Rechtsstaat* germanique. Si sa définition prête à des débats théoriques, il est au moins possible de dire que l'État de droit n'est pas le gouvernement par les lois, ni le droit limité à des règles, ni la primauté des lois.

Sans que cette définition soit arrêtée, un discours consacré à l'État de droit dans la construction européenne est apparu concomitamment à la chute du bloc soviétique. Le triptyque « droits de l'Homme-démocratie-État de droit » apparaît dans la Charte de Paris pour une nouvelle Europe du 21 novembre 1990.

L'État de droit fait l'objet de normes juridiques internes et internationales. Le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 mentionne « *un régime de droit* » comme système de protection des droits de l'Homme. En 2004, Kofi Annan, alors Secrétaire général des Nations unies, avait proposé la définition suivante de l'État de droit : « *L'État de droit désigne un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'Homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs* ».

¹ Discours de clôture du colloque « État de droit et démocratie », 3 février 2022.

² Audition du 15 février 2022.

Pour ce qui est de l'Union européenne, l'État de droit n'était pas mentionné dans les traités originels. Sa première mention figure dans le Préambule du traité de Maastricht de 1992. Désormais, l'État de droit est mentionné à deux reprises dans le préambule du traité sur l'Union européenne (TUE), comme « *valeur universelle* » trouvant sa source dans les « *héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe* » puis comme « *principe* » auquel l'Union européenne est attachée. Il est l'une des valeurs communes de l'Union européenne, énoncée à l'article 2 du TUE.

Cette référence signifie que l'Union européenne se définit en tant qu'Union de droit régie par la prééminence du droit au sein de laquelle ses institutions et ses États membres ne peuvent échapper au contrôle de la conformité de leurs actes aux traités.

On peut lui préférer le concept de « prééminence du droit » développé depuis plusieurs années dans la jurisprudence de la CEDH, qui résume la révolution juridique qui a traversé les démocraties parlementaires européennes depuis 1945 pour encadrer l'action du législateur dans un corpus de droits fondamentaux, en donnant à ces derniers une valeur supérieure.

En conséquence, le pouvoir exécutif et le législateur doivent veiller au respect de ces droits immanents lorsqu'ils élaborent leurs projets de normes, afin d'éviter une censure éventuelle du juge, ordinaire, constitutionnel ou européen. De même, au cours des débats parlementaires sur la discussion d'un amendement, il n'est pas rare que le dispositif envisagé soit évalué au regard de sa compatibilité avec les droits concernés. Selon Guillaume Tusseau, le pouvoir juridictionnel doit alors être « *compris comme une contrainte qui est anticipée et intériorisée par les acteurs* » mais aussi comme « *un accompagnement, un guidage, un partage de l'exercice du pouvoir* ».

Cette évolution, générale dans l'ensemble des démocraties libérales, a permis une extension sans précédent de la reconnaissance des droits individuels.

3. Ce sont les citoyens qui saisissent le juge : une tension entre la défense des droits de l'individu et la poursuite de l'intérêt général ?

Plusieurs interlocuteurs entendus par la mission, les syndicats de magistrats judiciaires notamment, ont souligné que la justice ne s'autosaisissait jamais et qu'elle se contentait de répondre aux requêtes des citoyens. Les juridictions ne cherchent pas à étendre leur pouvoir mais elles sont tenues de répondre aux sollicitations nombreuses et variées de la société. Le professeur Laurence Burgorgue-Larsen a rappelé devant la mission que « *les juridictions ne sont pas proactives, mais réactives. De fait, de plus en plus de questions politiques, économiques ou sociales leur sont déferées* ».

Le fait que les citoyens se tournent vers les juridictions confère à ces dernières une forme de légitimité, complémentaire de la légitimité qu'elles tirent de la Constitution, de la loi ou des traités qui fixent leurs missions.

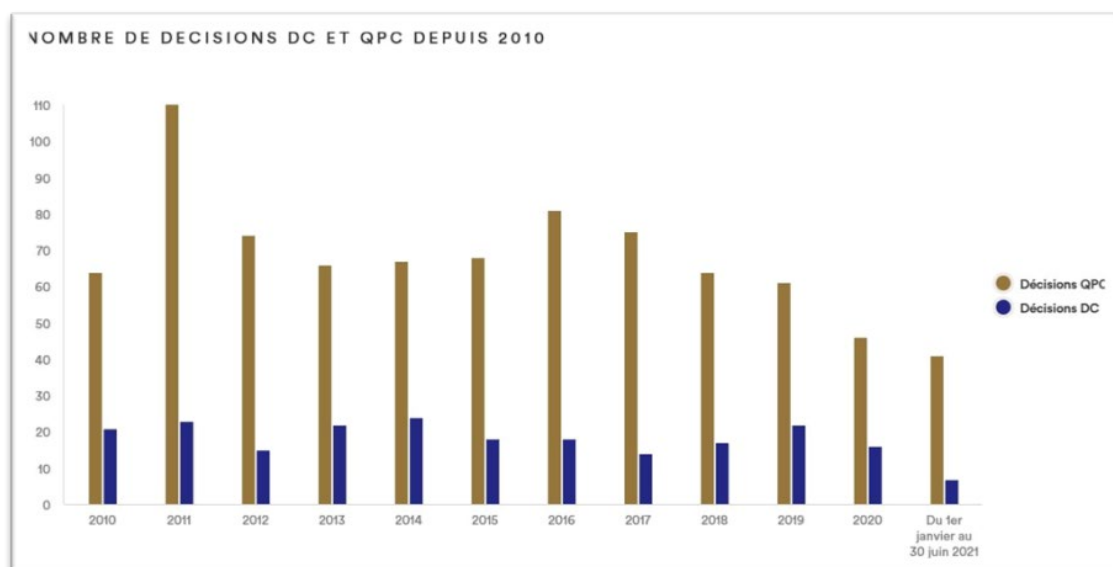
a) Une activité soutenue des juridictions

Chaque année, les juridictions civiles, sociales et commerciales rendent plus de deux millions de décisions, auxquelles s'ajoutent plus de 800 000 décisions rendues par les juridictions pénales et de l'ordre de 250 000 décisions rendues par les juridictions administratives. Ces chiffres nous rappellent que la judiciarisation de la vie publique n'est qu'un aspect d'un mouvement plus global de **judiciarisation de la société** : les particuliers, les entreprises, les associations se tournent davantage vers les tribunaux pour obtenir une solution à leur différend ou pour demander réparation.

Si l'on considère les seules juridictions suprêmes, qui sont les plus susceptibles de rendre des décisions productrices de normes, l'activité est également considérable, la Cour de cassation rendant chaque année plus de 20 000 décisions et le Conseil d'État autour de 10 000.

L'activité du Conseil constitutionnel est plus réduite (quelques dizaines de décisions par an) mais elle a pris un essor important depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Comme l'a fait observer lors de son audition Anne Levade, professeur de droit public à l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne, le **Conseil constitutionnel statue, quantitativement, beaucoup plus depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qu'auparavant**. Au 1^{er} janvier 2022, 833 décisions avaient été rendues depuis 1959 au titre du contrôle *a priori*, quand déjà 960 décisions l'avaient été sur le fondement du contrôle *a posteriori*, qui n'a pas encore douze ans d'existence¹.



Source : bilan statistique du Conseil constitutionnel, mise à jour du 30 juin 2021²

¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, entrée en vigueur en mars 2010.

² Ces données sont consultables à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>

Ces décisions sont prises à l'occasion d'un contentieux et la question est soulevée à l'initiative d'une des parties au procès. Ce sont donc bien **les citoyens qui se sont saisis de ce nouvel outil pour faire valoir leurs droits fondamentaux**.

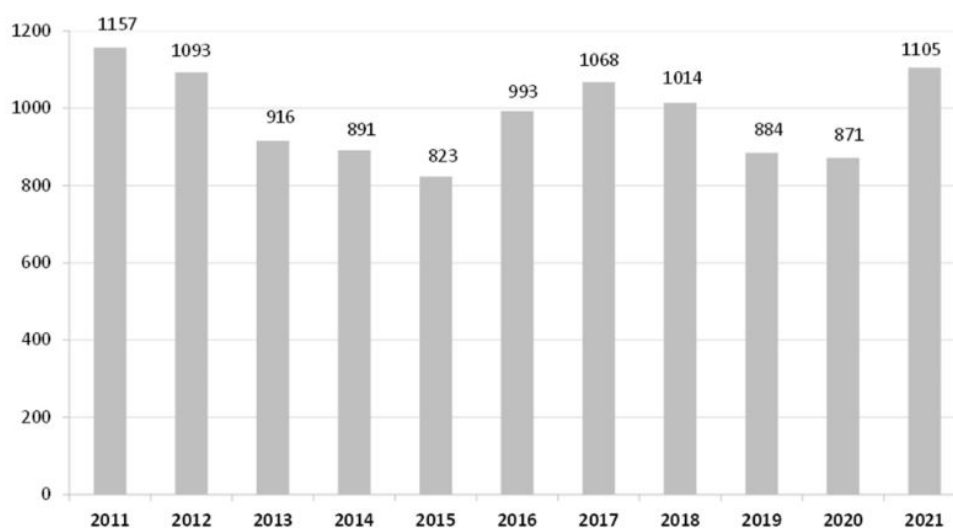
Le **taux de censure**¹ n'est pas négligeable : il est de 32,31 % pour les décisions QPC (dont 14,44 % de non-conformité totale) sur la période 2010 au 30 juin 2021 ; et de 46,29 % (dont 2,45 % de non-conformité totale) pour les saisines DC de 1958 à la même date.

Concernant la **Cour européenne des droits de l'homme**, le nombre de requêtes qu'elle reçoit se chiffre en dizaines de milliers chaque année (41 700 requêtes en 2020, 44 250 en 2021). Le défi qu'elle doit relever consiste donc à parvenir à gérer ce flux.

La grande majorité des requêtes (37 289 en 2020, 32 961 en 2021) sont déclarées irrecevables ou rayées du rôle à la suite d'un règlement amiable par exemple. Depuis 2004, la Cour a institué la technique de « l'arrêt pilote » qui lui permet, lorsqu'un nombre important de requêtes découle de la même cause, de traiter l'une de ses affaires par priorité, d'identifier l'éventuel dysfonctionnement dans les législations internes et de donner des indications claires aux gouvernements concernés. Cette procédure a été encore affinée en 2021. Un grand nombre d'affaires sont jointes, plusieurs affaires étant ainsi tranchées par un même arrêt : en 2021, 1 105 arrêts ont été rendus, correspondant à 3 131 requêtes, après que 871 arrêts correspondant à 1 901 requêtes ont été rendus en 2020

En conséquence, la CEDH est parvenue à baisser son « stock » de requêtes pendantes (de moitié en dix ans) et a donné une réalité au principe de subsidiarité.

Nombre d'arrêts rendus par la CEDH depuis 2011



Source : CEDH, analyse statistique 2021

¹ Ces pourcentages comprennent toutes les décisions de non-conformité.

Comme la Cour de justice de la République, la CEDH a reçu un nombre record de requêtes dans le contexte de la crise sanitaire. Elle a rendu le 7 octobre 2021 une décision d'irrecevabilité (décision *Zambrano c. France*) à l'encontre de 18 000 requêtes standardisées, déposées à l'initiative d'un maître de conférences en droit à l'université de Montpellier, en raison notamment du non-épuiement des voies de recours internes qui est une condition de sa saisine. La Cour a critiqué le caractère abusif de cette démarche, estimant qu'elle « *vise délibérément à nuire au mécanisme de la Convention et au fonctionnement de la Cour* ».

L'activité de la Cour de justice de l'Union européenne est plus réduite, bien qu'elle porte sur des matières plus diversifiées, puisque la Cour de Luxembourg rend environ 800 arrêts chaque année. Le Tribunal de première instance rend un nombre de décisions voisin.

Activité du Tribunal de première instance et de la cour de justice de l'Union européenne
Affaires introduites et clôturées (2016-2020)

		2016	2017	2018	2019	2020
Tribunal de première instance	Affaires introduites	974	917	834	939	847
	Affaires clôturées	755	895	1009	874	748
Cour de justice de l'Union européenne	Affaires introduites	692	739	849	966	735
	Affaires clôturées	704	699	760	865	792

Il est à noter que les juridictions françaises interrogent peu la CJUE par la voie de questions préjudicielles : en 2019 et 2020, sur les 1193 décisions de renvoi préjudiciel prises par l'ensemble des juridictions des États membres, 61 décisions seulement émanaient des juridictions françaises. On peut supposer que la position d'État fondateur de la France a favorisé une acculturation au droit européen qui rend moins souvent nécessaire d'interroger la CJUE que dans des États ayant plus récemment adhéré.

b) La judiciarisation résulte de mutations sociales profondes

La judiciarisation des rapports sociaux, et partant de la vie publique, a des causes profondes dont l'analyse détaillée appellerait un véritable travail sociologique que la mission n'avait pas vocation à conduire. On peut cependant avancer, à grands traits, quelques principaux éléments d'explication.

Le procureur général près la Cour de cassation, François Molins, a d'abord insisté devant la mission sur la « juridicisation » des rapports sociaux, qui conduit à faire trancher par les tribunaux, en appliquant une règle de droit, des litiges qui auraient autrefois été résolus en faisant appel à

des formes traditionnelles de médiations des différends. Il a également rappelé que l'État avait connu, après 1945, une extension considérable de ses domaines d'intervention, en raison notamment de la constitution de l'État-Providence, ce qui multiplie les occasions de contester en justice des décisions prises par les pouvoirs publics.

Le juge est perçu par les citoyens comme un « tiers impartial », pour reprendre l'expression de René Cassin, à l'écart du jeu politique partisan, qui peut apporter une réponse à toutes les difficultés, qu'elles soient personnelles, familiales, nationales... Pour la Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, « *il est indéniable que les citoyens saisissent nos juridictions pour régler toutes les difficultés, litiges et conflits, auxquels ils sont confrontés au quotidien* »¹.

Certains auteurs pointent les transformations sociologiques qui ont affecté le corps des magistrats. Dans les différents travaux qu'elle a consacrés à la question, Violaine Roussel indique que, jusqu'au milieu du XX^e siècle, magistrats et hommes politiques appartenaient au même univers de notabilité locale, ce qui pouvait les conduire à se protéger dans une certaine mesure. Cette proximité se serait érodée avec la création de l'École nationale de la magistrature (ENM), qui a favorisé l'accès à la profession de candidats aux profils plus diversifiés. Ce contexte pourrait expliquer que les magistrats hésitent moins à poursuivre et condamner des personnalités politiques².

Concernant la juridiction administrative, a été évoquée lors des auditions l'idée que la diminution de la part des recrutements effectués par la voie de l'École nationale d'administration (ENA) aurait pu favoriser une approche qui est davantage celle de « techniciens du droit public », au détriment d'une prise en compte de considérations plus larges d'intérêt général.

S'agissant de la pénalisation de la vie politique, le professeur Cécile Guérin-Bargues met en avant des « *mutations sociétales déjà anciennes* », notamment la montée en puissance de la figure de la victime, favorisée, sur le plan juridique, par la prolifération des incriminations et par l'affirmation d'un nombre croissant de droits individuels qui érigent chacun en victime potentielle, dans le contexte d'une société individualiste, foncièrement adverse au risque, et qui tend à faire de la sécurité la première de ses exigences. En cas de catastrophe naturelle ou d'accident industriel, la société accepte de moins en moins la fatalité ou l'aléa et recherche des responsables.

¹ Citation extraite de la contribution écrite que la Première présidente a adressée au rapporteur après le déplacement à la Cour de cassation organisé le 3 mars 2022.

² Ce développement s'appuie sur l'article consacré à « La responsabilité pénale du politique » publié par Véronique Tellier-Cayrol, maître de conférences à l'Université de Tours, dans l'ouvrage intitulé « Comment les responsables publics doivent-ils répondre de leurs actes ? », Presses universitaires juridiques de Poitiers (2021).

c) Une conséquence de la crise démocratique ?

Le professeur Philippe Raynaud a invité la mission à s'interroger « sur le lien existant entre le développement du présidentielisme sous la Ve République et l'invasion des juridictions dans la vie publique ». À ses yeux, « ces phénomènes constituent les deux faces d'une réalité semblable ».

Il est vrai que le fonctionnement des institutions de la Ve République rend difficile la mise en cause de la responsabilité politique des gouvernants, ce qui peut inciter à les mettre en cause devant les tribunaux. La motion de censure ne peut ainsi viser que le Gouvernement dans son entier, et non un ministre individuellement. Et depuis 1958, seule une motion de censure a été adoptée, en 1962. En revanche, depuis le début des années 1990 et la jurisprudence « Bérégovoy-Balladur », il est d'usage qu'un ministre démissionne en cas de mise en examen¹. Il est devenu de ce fait plus aisé pour un juge d'instruction d'obtenir la démission d'un ministre que pour le Parlement.

Comme par un phénomène de « vases communicants », la difficulté à mettre en cause la responsabilité politique des dirigeants se traduit donc peut-être par une recherche plus fréquente de leur responsabilité pénale. En 2008, notre ancien collègue et professeur de droit Hugues Portelli insistait déjà sur le déséquilibre du système institutionnel français, où le pouvoir est concentré aux mains des exécutifs, nationaux ou locaux, et insuffisamment compensé par une véritable responsabilité politique. Il notait que « la responsabilité pénale, qui est la seule, par sa dimension publique et passionnelle, à rivaliser avec la responsabilité politique défaillante, devient ainsi, chaque fois que cette impunité devient trop flagrante, le moyen de compenser ce déséquilibre »².

L'Allemagne symbolise cette notion de vases communicants : sa démocratie « très parlementaire » ne connaît pratiquement pas de mise en cause de la responsabilité pénale des gouvernants. Et si par extraordinaire une plainte est déposée, elle sera le plus souvent considérée comme un non sujet par la sphère médiatique de nos voisins

Dans un système politique structuré par le clivage entre majorité et opposition qui laisse peu de place à la négociation et au compromis, la difficulté pour les formations politiques minoritaires de peser dans le processus décisionnel peut, de même, les encourager à saisir la justice pour prolonger leur combat politique dans le prétoire. La possibilité donnée depuis 1974 à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel est une faculté dont se sont saisis les groupes d'opposition, ce qui a entraîné une augmentation du nombre de saisines. Au niveau local, on observe également une tendance chez les élus d'opposition à saisir la justice

¹ Cet usage a pu connaître des exceptions, la mise en examen de l'actuel garde des sceaux Éric Dupond-Moretti n'ayant par exemple pas entraîné sa démission.

² Cf. l'article « La pénalisation de la vie politique » par Hugues Portelli, paru dans la revue *Pouvoirs* (2008, n°128).

administrative pour contester des délibérations, voire à porter plainte pour mettre en cause l'exécutif local ou pour contester la gestion antérieure après une alternance.

Plus généralement, on peut avoir le sentiment que la **défiance de nombre de nos concitoyens vis-à-vis des élus** les conduit à se tourner vers les tribunaux pour faire avancer les causes qui leur sont chères, au détriment de formes plus classiques d'engagement politique. La judiciarisation peut ainsi être vue autant comme une cause que comme une conséquence de la crise démocratique et du déclin de l'engagement politique.

C'est dans le domaine de la protection de l'environnement que cette évolution est la plus nette, avec l'action emblématique de l'Affaire du Siècle. Cette action est portée par quatre organisations – Notre Affaire à tous, la Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace France et Oxfam France – qui ont d'abord lancé une pétition qui a rapidement recueilli plus de deux millions de signatures. Puis ces organisations ont saisi le tribunal administratif de Paris afin de faire condamner l'État en raison de son action insuffisante pour lutter contre le changement climatique.

Dans le domaine de la lutte contre la corruption, l'association Anticor, qui comptait parmi ses fondateurs en 2002 le juge Éric Halphen, consacre également l'essentiel de son activité à porter devant la justice les affaires dont elle a connaissance. Elle mène aussi une activité de plaidoyer afin de renforcer notamment la lutte contre la délinquance économique et financière.

De manière plus conjoncturelle, il est vraisemblable que la **succession des états d'urgence**, antiterroriste puis sanitaire, en **entravant les modes habituels d'expression collective, de discussion et de contestation**, a pu **inciter les citoyens à se tourner vers la justice** pour exprimer leur mécontentement ou leurs revendications, soit de manière individuelle soit dans le cadre d'une action plus concertée. Les juges ont dans ce contexte joué leur rôle de contre-pouvoir en contrôlant la conformité des mesures prises, souvent dans des délais très courts, à nos principes fondamentaux.

Un recours aux régimes d'état d'urgence plus exceptionnel favoriserait un fonctionnement institutionnel classique, dans lequel le gouvernement gouverne, le parlement légifère et le juge par effet de bord est lui-même moins fréquemment saisi. Un régime d'état d'urgence est toujours un dessaisissement, au moins partiel, du Parlement, une entorse supplémentaire au principe de séparation des pouvoirs.

d) Défense des droits individuels et poursuite de l'intérêt général

La judiciarisation de la vie publique s'explique, pour partie, par l'augmentation du nombre de recours qui visent à mieux garantir les droits fondamentaux. Les avocats jouent un rôle dans cette évolution : comme l'a indiqué le Conseil national des barreaux (CNB), ils « *utilisent le droit et toutes*

les voies de recours pour faire respecter les principes fondamentaux tant en France qu'en Europe ». Le recours aux tribunaux peut parfois s'avérer nécessaire pour que ces droits fondamentaux ne restent pas théoriques mais deviennent effectifs. En ce sens, la judiciarisation constitue un progrès.

L'approfondissement constant de la protection des droits fondamentaux ne peut-il cependant aboutir à réduire la capacité du pouvoir politique à mettre en œuvre des politiques publiques efficaces, au service de l'intérêt général ? C'est la thèse défendue de façon convaincante par le philosophe Marcel Gauchet, notamment dans son ouvrage *La démocratie d'une crise à l'autre*¹.

Dans cet ouvrage, Marcel Gauchet défend l'idée que les démocraties libérales ont atteint un point d'équilibre pendant la période 1945-1975, correspondant aux Trente Glorieuses, mais que cet équilibre a depuis été rompu, sous l'effet des progrès de l'individualisme et de la place prise par le droit. Il évoque l'émergence d'une « démocratie des Droits de l'homme » qui aurait supplanté le modèle classique de la démocratie libérale.

Alors que la démocratie est traditionnellement un mode d'organisation politique qui permettait aux individus d'agir collectivement, la démocratie des Droits de l'homme est menacée par l'ineffectivité : plus ses principes règnent, moins elle a de prise sur les choses. **Elle s'oppose au politique, parce qu'elle pose la liberté des personnes comme contradictoire avec le pouvoir dans son principe le plus général.** Alors que les peuples souhaitaient, au début du XX^e siècle, se saisir du pouvoir, pour le meilleur et pour le pire, ils aspirent aujourd'hui à accomplir la liberté en se délivrant du pouvoir. L'esprit de liberté dans la période contemporaine vise une **liberté privée** qui veut s'accomplir en se retirant de l'histoire et en s'abstrayant autant que possible d'un cadre politique.

Nos sociétés seraient ainsi victimes d'une illusion : celle de l'impouvoir, si l'on retient la face négative du phénomène, ou, si l'on retient son aspect positif, l'illusion que les sociétés sont faites pour fonctionner de manière autoréglée, avec le moins de politique possible. Ce fonctionnement autoréglé, élargi de proche en proche à l'échelle mondiale, aurait comme perspective la dissolution du politique dans le marché mondial.

Le débat entre les tenants de droits subjectifs et de droits objectifs a un bel avenir devant lui et admettons que, depuis la Révolution, notre pays s'inscrit dans une longue tradition de droits subjectifs.

¹ *La démocratie d'une crise à l'autre*, de Marcel Gauchet, Éditions nouvelles Cécile Defaut (2007).

4. Des excès à corriger pour préserver l'efficacité de l'action publique

a) *Certaines décisions du juge sont contestées lorsqu'elles paraissent, en opportunité, se substituer aux pouvoirs publics*

Si le juge fait **évoluer son interprétation en fonction des changements dans la société**, comme l'a rappelé André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, lors de son audition devant la mission, son rôle « *n'est pas d'ériger des obstacles sur la route des réformes, mais de s'assurer qu'elles sont conformes au droit* », comme l'affirmait le vice-président du Conseil d'État, Didier-Roland Tabuteau, lors de son audition par la mission d'information.

Pour autant, certaines **décisions récentes** par lesquelles le juge administratif s'est prononcé dans le champ **économique et environnemental** sont très **discutées** car **le juge paraît** avoir fait **évoluer son office**, autrefois **limité au contrôle des actes administratifs**, à celui des **politiques publiques**.

Dans le champ **social**, après avoir **suspendu** en juin 2021¹ la **réforme de l'assurance-chômage** fixant de nouvelles règles de calcul de l'allocation, au motif que les **conditions du marché du travail n'étaient pas réunies pour atteindre** « *l'objectif d'intérêt général poursuivi* » par le Gouvernement de réduction du recours aux contrats courts, le **juge des référés** du Conseil d'État a finalement **validé** en octobre de la même année², le **décret en cause**, considérant qu'« *une évolution favorable est observée depuis plusieurs mois, la tendance générale du marché de l'emploi ne constitue ainsi plus un obstacle à la mise en place de la réforme* »³.

Ces décisions ne manquent pas **d'interroger sur l'office du juge des référés**. Pour suspendre le décret, il a estimé qu'il existait un « *doute sérieux* » sur sa légalité, en raison d'une **erreur manifeste d'appréciation du Gouvernement dans la fixation de la date d'entrée en vigueur des nouvelles modalités de calcul** du salaire journalier de référence. Le rapporteur s'interroge sur la **légitimité du juge pour décider que la situation économique n'est pas propice** à l'entrée en vigueur de telle ou telle réforme. La frontière entre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle en opportunité de la décision publique apparaît bien tenue.

Entendu par la mission, le président de la section du contentieux du Conseil d'État, Christophe Chantepy, n'a pas dissipé cette impression. Il a indiqué que « *à la date choisie pour l'entrée en vigueur de la réforme, le*

¹ Conseil d'État, ordonnance du 22 juin 2021, n° 452210, considérants 30 et suivants.

² Conseil d'État, ordonnance du 22 octobre 2021, n°s 457300, 457313, 457321, 457337, 457343, et 457345.

³ Communiqué de presse du Conseil d'État sur la décision précitée.

1^{er} juillet 2020, la situation de l'emploi était encore incertaine, même si les prévisions commençaient à laisser entrevoir une embellie. De plus, les études économiques montraient que le frémissement de l'emploi se ferait surtout dans les secteurs qui avaient le plus recours aux contrats courts, à savoir la restauration, le tourisme ou l'hôtellerie ». En revanche, trois mois plus tard, « le juge a estimé que, compte tenu de l'amélioration notable de la situation de l'emploi, il n'y avait plus de problème d'adéquation entre l'objectif fixé par le Gouvernement et la mesure qui consistait à moins bien indemniser les chômeurs ayant connu une carrière « hachée » pendant la période de référence ». Ces explications donnent le sentiment que le juge administratif a substitué, dans des délais très courts, son appréciation de la situation économique à celle du Gouvernement. Et l'idée d'une « erreur manifeste » ne convainc guère puisque le juge administratif a été obligé de convenir, seulement trois mois plus tard, que la réforme était finalement adaptée à la situation économique... Le Gouvernement aurait-il seulement eu le tort de se situer dans une démarche un peu plus prospective que le Conseil d'État et d'anticiper sur le trimestre suivant ?

Sur le fond, cette réforme demeure bien sûr contestable. La présidente de la mission, Cécile Cukierman, a eu l'occasion de dénoncer la baisse des prestations qui en résulte pour les demandeurs d'emploi, qui risque de paupériser ceux pour qui le retour à l'emploi est le plus difficile. L'enjeu ici est simplement de savoir s'il revient au juge de s'opposer à une telle réforme ou si l'opposition doit être de nature politique ou sociale (grèves et manifestations étant des modes d'expression parfaitement légitimes en démocratie).

En matière **environnementale**, appelé pour la première fois à se prononcer dans l'affaire *Grande-Synthe* sur le respect par l'État de ses engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, le Conseil d'État a annulé le refus de l'État de prendre de nouvelles mesures pour y parvenir et **enjoint au Gouvernement**, par sa décision au fond du 1^{er} juillet 2021¹, **de prendre ces mesures supplémentaires d'ici le 31 mars 2022 pour atteindre l'objectif**, issu de l'Accord de Paris, de **réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % par rapport à 1990, d'ici 2030**.

Le juge administratif a dès lors donné² aux objectifs chiffrés fixés par **la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), l'Accord de Paris**, traduits dans un règlement européen³ puis dans la loi nationale⁴, une portée juridiquement contraignante et non plus seulement programmatique. Il en résulte **l'obligation pour l'État de fixer par**

¹ Conseil d'État, sixième et cinquième chambres réunies, 1^{er} juillet 2021 commune de Grande-Synthe et autres, n° 427301 et 19 novembre 2020, n° 427301.

² Par sa décision du 1^{er} juillet 2021 et celle du 19 novembre 2020, rendue avant d'ordonner un supplément d'instruction.

³ Annexe I du règlement (UE) 2018/842.

⁴ L. 100-4 du code de l'énergie.

voie réglementaire une trajectoire permettant d'atteindre cet objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national de 40 % entre 1990 et 2030, et de prendre les **mesures utiles au respect de cette trajectoire**.

Le **tribunal administratif de Paris** a suivi le même type de raisonnement dans ses jugements des 3 février¹ et 14 octobre² 2021 dans *L'Affaire du siècle*, pour enjoindre pour la première fois l'État à **réparer le préjudice écologique** – sur le fondement de l'article 1249 du code civil – **causé par le non-respect des objectifs fixés par la France en matière de réduction de gaz à effet de serre**. Est concrètement visé le dépassement des émissions de gaz à effet de serre prévues dans le premier budget carbone³, qui couvrait la période 2015-2018. Le tribunal a ordonné à l'État de **compenser le dépassement de ce plafond** sur la période 2015-2018 **avant le 31 décembre 2022** par des mesures relevant de sa « *libre appréciation* ». Outre les conventions internationales, le droit de l'Union européenne et les dispositions législatives qui en découlent comme pour l'affaire *Grande Synthe*, le juge fonde également dans le cas d'espèce cette obligation de l'État sur **l'article 3 de la Charte de l'environnement** – devoir de prévention des atteintes à l'environnement.

Ces décisions s'inscrivent dans une **tendance de fond de renforcement du contrôle du juge sur la mise en œuvre des politiques publiques environnementales**. Le Conseil d'État a en effet **condamné l'État, le 4 août 2021⁴, à payer une astreinte de 10 millions d'euros⁵** pour le premier semestre 2021⁶ **faute d'avoir agi suffisamment pour améliorer la qualité de l'air dans plusieurs zones de France**, comme le juge l'y avait **enjoint en 2020⁷ sous astreinte**, après une **première injonction infructueuse en 2017⁸**.

¹ Tribunal administratif de Paris, quatrième section – première chambre, 3 février 2021, Association Oxfam France et autres, n°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

² Tribunal administratif de Paris, quatrième section – première chambre, 14 octobre 2021 Association Oxfam France et autres, n°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

³ L'article L. 222-1 A du code de l'énergie prévoit que pour la période 2015-2018, puis pour chaque période consécutive de cinq ans, un plafond national des émissions de gaz à effet de serre dénommé « budget carbone » est fixé par décret.

⁴ Conseil d'État, sixième et cinquième chambres réunies, 4 août 2021, Association les Amis de la Terre, n° 428409.

⁵ Soit le montant le plus élevé jamais imposé pour contraindre l'État à exécuter une décision prise par le juge administratif.

⁶ Versée à l'association Les Amis de la Terre qui l'avait initialement saisi et d'autres organismes et associations engagés dans la lutte contre la pollution de l'air.

⁷ Conseil d'État, Assemblée, 10 juillet 2020, n° 428409.

⁸ Conseil d'État, sixième et première chambres réunies, 12 juillet 2017, n° 394254.

Comme l'indiquait l'ancien vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre : « *La lutte contre le réchauffement climatique ne se limite plus aux déclarations politiques, elle est, dorénavant, une réalité juridique que le juge administratif est prêt à sanctionner* »¹.

Contrairement à d'autres cours suprêmes, le Conseil d'État **ne s'est pas fondé sur la méconnaissance de droits fondamentaux** mais sur des normes spécifiques d'émission découlant des droits international, européen et interne. Toutefois, le contrôle opéré dans *Grande Synthèse*, qualifié par le même ancien vice-président de « *contrôle de la trajectoire* »², comporte une dimension prospective puisque le juge doit alors s'assurer, à la date à laquelle il statue, que les objectifs sont en voie d'être atteints et qu'ils s'inscrivent dans une trajectoire crédible.

Les actions contentieuses dans le monde tendant à contraindre les États à agir en matière environnementale

Aux **Pays-Bas**, dans l'affaire *Urgenda*³, la Cour suprême a **ordonné** en décembre 2019 au **Gouvernement néerlandais de diminuer de 25 %** les émissions de gaz à effet de serre par rapport à 1990 d'ici la fin de l'année 2020, se fondant sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (droit à la vie et droit au respect de la vie privée et familiale).

En **Allemagne**, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a **jugé le 29 avril 2021⁴ certaines dispositions de loi fédérale sur la protection du climat non conformes aux droits fondamentaux**. Elle a jugé trop faible l'effort consenti à court terme par l'État allemand, qui conduirait à reporter sur la liberté des générations futures – au-delà de 2030 – des contraintes excessives.

En **Irlande**, la Cour suprême a **annulé** le 31 juillet 2020⁵ le **plan national de lutte contre le réchauffement climatique**, jugé insuffisant et imprécis.

¹ *Éditorial de la lettre de la justice administrative n° 64, été 2021, consultable à l'adresse suivante : [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/lettre-de-la-justice-administrative/lettre-de-la-justice-administrative-n-642](https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/lettre-de-la-justice-administrative/lettre-de-la-justice-administrative/lettre-de-la-justice-administrative-n-642)*

² *L'environnement : les citoyens, le droit, les juges, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, introduction de Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État, 21 mai 2021. Ce discours est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-environnement-les-citoyens-le-droit-les-juges-introduction-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>*

³ *Supreme court of the Netherlands, Urgenda, 20 décembre 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2019/december/dutch-state-case-reduce-greenhouse-gas-emissions/>*

⁴ *Bundesverfassungsgericht, « Succès partiel des recours constitutionnels dirigés contre la loi relative à la lutte contre le changement climatique », Communiqué de presse n°31/2021 du 29 avril 2021, consultable à l'adresse suivante : www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/FR/2021/bvg21-031.html*

⁵ *Cour Suprême d'Irlande, Friends of the Irish Environment v. Ireland, 31 juillet 2020, 205/19., consultable à l'adresse suivante : https://www.courts.ie/acc/alfresco/681b8633-3f57-41b5-9362-8cbc8e7d9215/2020_IESC_49.pdf/pdf#view=fitH*

Aux États-Unis, on relève en 2018 une solution opposée dans une affaire *AJI P vs State of Washington*¹ : le juge a conclu que la lutte contre le changement climatique est éminemment politique, que le **tribunal n'est donc pas l'enceinte adaptée pour en connaître** et qu'il appartient au pouvoir législatif et à l'exécutif de s'en saisir ; il note qu'un plan en faveur du climat nécessite une analyse d'un rapport coûts-bénéfices, la prise en compte d'intérêts contradictoires et la résolution de problèmes complexes, qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire.

S'il fallait résumer la situation, on pourrait être tenté de dire que le juge considère que les pouvoirs publics ont agi trop vite dans le champ social, alors qu'en matière environnementale, il juge l'État trop lent. Dans les deux cas, « *le juge détermine le rythme des réformes* » comme l'affirme Jean-Éric Schoettl.

Autre illustration, la décision créative du **Conseil constitutionnel reconnaissant** pour la **première fois**, dans sa décision **QPC du 6 juillet 2018**², **une valeur constitutionnelle à un principe de « fraternité »**, le mot de fraternité apparaissant dans la devise de la République, dans le Préambule et à l'article 72-3 de la Constitution³.

De ce principe découle, selon le Conseil constitutionnel¹, « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* »⁴. Dès lors, il a **partiellement censuré le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière**⁵, jugeant notamment que les exemptions humanitaires, qui existaient déjà concernant le délit d'aide au séjour irrégulier, devaient être étendues à l'aide à la circulation ; **mais pas pour l'aide à l'entrée**, qui fait par nature naître une situation illicite, ce qui est la partie de cette décision à laquelle ses différents interprètes accordent souvent le moins d'attention. Dans ces conditions, en réprimant cette aide, le législateur n'avait pas opéré une conciliation équilibrée entre « *le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* ».

Pour Bertrand Mathieu, conseiller d'État en service extraordinaire et professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, le juge constitutionnel s'est **placé d'un point de vue moral** pour déterminer un volet de la politique d'immigration, excédant le champ d'application de la Constitution.

¹ Consultable à l'adresse suivante : *Aji P. v. State of Washington - Climate Change Litigation (climatecasechart.com)*

² Conseil constitutionnel, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]

³ Mention d'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

⁴ Ibid. considérant 8.

⁵ Figurant désormais aux articles L. 823-1, L. 823-2 et L. 823-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

La mission a été sensible à l'analyse développée par François Seners lors de son audition par la commission des lois le 23 février 2022¹ : « **Un mot n'a pas forcément valeur de droit positif**. Si j'écris « liberté », je peux composer un magnifique poème, mais je ne pose pas une règle de droit. Si j'écris que la liberté permet de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, j'énonce une règle normative. Concernant la fraternité, le mot apparaît trois fois dans la Constitution : dans la devise de la République, ainsi que dans des dispositions portant sur l'outre-mer, dans lesquelles la fraternité est qualifiée d'« idéal ». Cela en fait-il pour autant un principe à valeur constitutionnelle ? C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel. Je n'y suis en rien opposé par principe. Cependant, la question ne faisait pas consensus, et il n'était pas illégitime que le Conseil constitutionnel renvoie la question au constituant ».

Là encore, il ne s'agit pas de contester sur le fond de la décision du Conseil, qui peut être jugée excellente en opportunité mais de réfléchir à la légitimité du Conseil à consacrer un nouveau principe à partir d'une base textuelle si mince. Comme le relevait le Président du Sénat, le juge constitutionnel a fait d'une « devise ou d'un idéal commun, sans support législatif », un principe faisant « obstacle à la volonté du législateur d'interdire l'aide à la circulation des personnes en situation irrégulière sur le territoire² ».

Il reviendra à l'avenir au Conseil constitutionnel, dans son contrôle de proportionnalité, **d'apprécier l'équilibre de la conciliation opérée par la loi entre les autres normes constitutionnelles et le principe de fraternité, dont la portée demeure indéterminée**, hormis l'application déjà opérée au cas d'espèce.

b) Une action publique fragilisée par certaines décisions du juge

Si l'action des juges défendant les libertés fondamentales ou interprétant le droit européen a pu faire progresser les droits individuels, n'a-t-elle pas parfois pour effet d'entraver l'action publique au détriment de l'intérêt général ?

La jurisprudence des cours suprêmes dans les domaines régaliens illustre cette interrogation légitime.

Sur ce point, soulignons d'emblée que la mission d'information n'a évidemment pas pour intention d'affirmer que les pouvoirs publics pourraient agir plus efficacement s'il n'y avait pas de contrôle judiciaire de leurs initiatives. Dans bien des cas, ce contrôle joue un rôle « d'aiguillon » utile à l'action publique en ce qu'il améliore la qualité des décisions publiques. Il s'agit seulement de pointer les conséquences complexes sur le plan opérationnel de certaines décisions de principe.

¹ Cf. le compte rendu de son audition : Commission des lois : compte rendu de la semaine du 21 février 2022 (senat.fr)

² Discours de clôture du colloque « État de droit et démocratie », 3 février 2022.

(1) Les choix du législateur sont très encadrés en matière migratoire

On peut d'abord illustrer cette interrogation en évoquant la jurisprudence relative au regroupement familial. Comme le notait Jean-Éric Schoettl, en matière d'asile et d'immigration, « *le droit à la vie privée et familiale (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) a donné lieu à une jurisprudence très constructive de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de nos cours nationales en matière de regroupement familial des étrangers résidant en France* »¹.

La loi prévoit que le conjoint et les enfants de moins de dix-huit ans d'un ressortissant étranger régulièrement autorisé à résider sur le territoire français peuvent se voir accorder l'autorisation d'accès au territoire français et l'octroi d'un titre de séjour². En 1978, le Conseil d'État a élevé le droit à une vie familiale normale en principe général du droit afin d'annuler un décret qui tendait à limiter la portée du dispositif³.

Par la suite, le Conseil Constitutionnel a, sur le fondement du Préambule de la Constitution de 1946 (qui rappelle que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* »), estimé que le législateur pouvait prendre des dispositions spécifiques à l'égard des ressortissants étrangers mais à condition de respecter « *les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* », en particulier « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* ». Il a également consacré le droit de mener une vie familiale normale pour « *les étrangers dont la résidence est stable et régulière* ».

Par la suite, la CEDH a confirmé que le regroupement familial devait être protégé au nom du droit à la vie familiale normale inscrit à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, qui interdit toute remise en cause de ce droit sauf mesure législative et répondant à une nécessité (dont l'article définit la liste). Elle a ainsi condamné la France en considérant que la procédure de délivrance des visas mise en place dans le cadre de demandes de regroupement familial ne présentait pas « *les garanties de souplesse, d'effectivité et de célérité requises pour faire respecter le droit à une vie familiale normale* »⁴.

En outre, sur la base de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, la CJUE a rappelé que si une « *marge d'appréciation limitée* » était accordée aux États membres

¹ Contribution écrite.

² Initialement, ce droit était posé par le décret n°76-383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrée et de séjour en France des membres des familles des étrangers autorisés à résider en France. Il est aujourd'hui mis en œuvre par les articles L. 434-1 à L. 434-12 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

³ CE, 8 décembre 1978, G.I.S.T.I., C.F.D.T. et C.G.T.

⁴ CEDH, affaires Mugenzi contre France, Senigo Longue et autres contre France et Tanda Muzinga contre France, 10 juillet 2014, req. n°52701/09, 19113/09 et 2260/10.

pour s'assurer des bonnes conditions du regroupement familial, d'une part, un délai d'attente « *ne [pouvait] être imposé, sans prendre en considération, dans des cas spécifiques, l'ensemble des éléments pertinents* » et, d'autre part, que l'établissement d'un critère de capacité d'accueil de l'État membre « *ne saurait être interprété comme autorisant un quelconque système de quotas* »¹.

En complément, on peut noter la suspension, par le juge des référés du Conseil d'État, de l'interruption de la délivrance des visas au titre du regroupement familial qui avait été décidée par le Gouvernement dans le cadre des mesures de confinement strict décidées, le 18 mars 2020, pour faire face à la pandémie de covid-19. Le juge des référés avait considéré cette mesure disproportionnée au regard du droit à la vie familiale normale et à l'intérêt supérieur de l'enfant².

Pour reprendre l'expression du professeur Baptiste Bonnet, l'imbrication des cours suprêmes permet d'assurer un « *ordre public européen des libertés* ». Dans ce cadre, la capacité du législateur à modifier l'état du droit est cependant devenue très limitée. S'il a pu conditionner dès l'origine, l'effectivité du regroupement familial à une condition de ressources suffisantes et à une condition de logement et, plus récemment, au respect « *des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* »³ par les demandeurs, il ne pourrait en aucun cas ni restreindre le regroupement familial dans sa portée générale ni renoncer à sa mise en œuvre.

(2) Un conflit de juridictions sur la conservation des données personnelles

En deuxième lieu, l'intervention accrue du juge européen dans les domaines dits régaliens, au nom de l'harmonisation européenne, si elle compte peu d'occurrences, pose désormais dans chaque espèce des difficultés juridiques et pratiques aux autorités françaises. Elle pourrait même remettre en cause l'efficacité des politiques et des dispositifs chargés d'assurer la sécurité des Français en cas de statu quo.

Les deux jurisprudences déjà évoquées relatives au temps de travail des militaires et à la conservation des données personnelles sont significatives de cette tendance.

Bien qu'aux termes de l'article 4, alinéa 2, du TUE, « *la sécurité nationale reste de la seule responsabilité des États membres* »⁴, dans ses arrêts controversés la CJUE a explicitement affirmé le principe de primauté de l'Union européenne. Elle a en outre refusé de revenir sur sa jurisprudence constante selon laquelle « *le seul fait qu'une mesure nationale a été prise aux fins de la protection de la sécurité nationale ne saurait entraîner l'inapplicabilité du droit*

¹ CJUE, Gr.ch., 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03.

² Ordonnance du 21 janvier 2021, req. n°447878 et 447893.

³ Décision n°2006-539 DC du 20 juillet 2006 – loi relative à l'immigration et à l'intégration.

⁴ Article 4 du TUE.

de l'Union [européenne] et dispenser les États membres du respect nécessaire de ce droit ¹».

De là, la jurisprudence de la CJUE relative à la conservation des données personnelles est une jurisprudence « au long cours », qui, de surcroît, s'inscrit dans le cadre d'une législation européenne pionnière en matière de protection des données : selon le juge Bonichot, « *L'Union européenne est certainement l'espace où l'on accorde le plus d'importance au respect de la vie privée, à la protection des données personnelles. Le règlement général de protection des données (RGPD) est un texte phare dans le monde* ».

En l'espèce, la Cour était sollicitée par plusieurs tribunaux et cours, dont le Conseil d'État français, au sujet de la compatibilité avec le droit européen de dispositions législatives nationales prévoyant en particulier une obligation pour les fournisseurs de services de communications électroniques de transmettre à une autorité publique ou de conserver de manière généralisée ou indifférenciée les données des utilisateurs relatives au trafic et à la localisation.

En réponse à ces renvois préjudiciels, la CJUE, dans deux arrêts prononcés en grande chambre, a :

- confirmé que les législations nationales qui imposent aux fournisseurs de services de communications électroniques, la conservation des données précitées ou leur transmission aux autorités nationales de sécurité et de renseignement entraînent dans le champ d'application de la directive dite « vie privée et communications électroniques », contrairement aux observations de certains États membres, qui invoquaient la disposition de l'article 4 du TUE prévoyant que la sécurité nationale relève de leur seule compétence ;

- confirmé également sa jurisprudence antérieure sur le caractère disproportionné d'une conservation généralisée et indifférenciée des données relatives au trafic et à la localisation tout en prévoyant des exceptions strictement délimitées : à titre d'exemple, un État membre peut enjoindre aux fournisseurs la conservation des données précitées « *dans des situations où l'État membre concerné fait face à une menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible* », dès lors que la décision d'injonction prévoit une période temporellement limitée au strict nécessaire et est contrôlée par une juridiction ou une entité administrative indépendante ; en outre, des mesures législatives peuvent prévoir une conservation ciblée² des données précitées, des adresses IP, des données relatives à l'identité civile des utilisateurs, ainsi qu'une procédure de conservation rapide.

¹ CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, C-273/97 et CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98 précité.

² En fonction d'éléments objectifs et non discriminatoires, en fonctions des catégories de personnes concernées ou au moyen d'un critère géographique.

Seize États membres ont participé à la procédure, ce qui traduisait l'importance qu'ils accordaient à ce dossier mais aussi leur inquiétude sur la position à venir de la Cour.

Comme l'a expliqué Jean-François Ricard, premier procureur antiterroriste de la République, au Sénat¹, cette inquiétude est partagée par les magistrats et les services luttant contre le terrorisme en France : dans les infractions d'association de malfaiteurs à finalité terroriste, *« les données de connexion jouent un rôle prépondérant. L'activité terroriste se caractérise par trois éléments : sa clandestinité, qui fait de l'identification des auteurs une priorité, notamment par les croisements de données de connexion ; elle est le fait d'individus qui se déplacent constamment, d'où un nécessaire travail sur ces données ; et ces individus agissent en réseau, dont il faut déterminer les relations, là encore grâce aux données de connexion.*

Ce travail à partir des données de connexion représente environ 80 % de l'activité des agents chargés de la lutte antiterroriste. (...) Sans les données de connexion, toute une série d'enquêtes ne pourraient pas être ouvertes, une grande partie des personnes soupçonnées d'activités terroristes ne pourraient pas être identifiées, et, si elles l'étaient, il serait extrêmement difficile de réunir des éléments de preuve suffisants pour pouvoir les poursuivre ou les condamner. Mécaniquement, cela augmente significativement le risque d'attentats terroristes dans notre pays ».

Or, *« l'arrêt de la CJUE a conduit à l'interdiction, pour faire court, de la conservation massive et indifférenciée des données. Des pistes de sortie ont été envisagées, mais elles sont totalement inopérantes. Heureusement est intervenue la décision du Conseil d'État du 21 avril 2021² qui évite d'obérer notre capacité opérationnelle, tant en matière de renseignement que d'enquête judiciaire ».*

Pour la première fois depuis la signature du traité de Rome, dans ses écritures transmises au titre de ce dossier au Conseil d'État, le gouvernement français avait appelé à exercer un contrôle *ultra vires* de la décision de la CJUE du 6 octobre 2020 et à considérer qu'elle n'avait pas respecté la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Dans son arrêt précité du 21 avril 2021, le Conseil d'État a refusé de procéder à un tel contrôle pour éviter de s'opposer frontalement à la CJUE mais a réaffirmé avec force la primauté de la Constitution au sommet de l'ordre juridique national. En conséquence, il a fait appel à la « clause de sauvegarde constitutionnelle », mentionnée par lui depuis 2007 : *« Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donné des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour (...) aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces*

¹ Table ronde « Pouvoir régalién et droit européen » en date du 10 juin 2021, organisée par la commission des affaires européennes et la commission des lois du Sénat.

² CE Ass., French data Network, 21 avril 2021, n°393099.

exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige ».

Toutefois, dans le cas d'espèce, le Conseil d'État n'a pas mis en œuvre cette clause et s'est appuyé sur l'infléchissement de la jurisprudence de la Cour pour préserver l'essentiel du dispositif français. Selon le juge Bonichot, *« cette décision du Conseil d'État permet de ne pas s'inscrire en faux vis-à-vis des principes généraux du droit de l'Union européenne, tout en avertissant la Cour de ce qui ne fonctionne pas ».*

En dépit du défi lancé par cette décision à la CJUE, on pouvait penser qu'un point d'équilibre avait donc été trouvé dans ce dossier délicat. Mais, saisi dans le cadre d'une QPC, le Conseil Constitutionnel a considéré qu'une disposition autorisant la conservation générale et indifférenciée des données personnelles portait *« une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée »*¹.

Le dossier n'est donc pas clos. M. Bertrand Dacosta, président de la X^e chambre de la section du contentieux du Conseil d'État, notait, lors de la table ronde organisée au Sénat le 10 juin 2021 sur le thème « Pouvoir régalien et droit européen », que *« la CJUE n'autorise, même pour la criminalité grave, qu'une conservation ciblée selon des critères géographiques ou personnels. Or, un tel ciblage est techniquement irréaliste et dépourvu de pertinence opérationnelle ».* La Cour de cassation a saisi à son tour le CJUE d'un renvoi préjudiciel sur le même sujet épineux.

(3) La CJUE et la disponibilité des forces armées

La décision précitée de la CJUE relative au temps de travail des militaires ne concernait pas la France au premier chef, puisqu'elle a été rendue en réponse à deux renvois préjudiciels de la justice slovène au sujet d'un service de garde effectué par un garde-frontières slovène. Toutefois, l'arrêt attendu de la CJUE valant *erga omnes* (à l'égard de tous), la France, tout comme l'Allemagne et l'Espagne sont intervenues dans la procédure (transmission d'un mémoire écrit ; intervention à l'audience).

Dans sa décision, la CJUE affirme que les militaires sont des travailleurs au sens de la directive n°2003/88 et qu'ils sont donc en principe soumis à ses dispositions. Pour confirmer ce principe, la Cour se fonde à la fois sur le droit, reconnu par la Charte européenne des droits fondamentaux, à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, et sur le champ d'application de la directive n°2003/88, fixé par renvoi à une autre directive (directive 89/391), qui prévoit bien une exception à son application *« lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, notamment dans les forces armées (...) s'y opposent de manière contraignante ».* Mais la Cour

¹ Décision n°2021-976/977 QPC du 25 février 2022.

considère que ce dispositif « ne saurait être interprété en ce sens que les membres des forces armées des États membres sont exclus dans leur intégralité et en permanence » du champ de la directive.

En conséquence, la Cour effectue un réel effort pour distinguer les activités susceptibles d'entrer dans le champ de la directive (activités administratives ; entretien ; réparation ; maintien de l'ordre ; poursuite des infractions ; santé) et celles auxquelles la directive ne serait pas applicable : activités « dans le cadre d'évènements exceptionnels, dont la gravité et l'ampleur nécessitent l'adoption de mesures indispensables à la protection de la vie, de la santé ainsi que de la sécurité de la collectivité » ; activités « ne se prêtant pas à un système de rotation des effectifs » ; activités opérationnelles (y compris les formations et les entraînements) ; activités auxquelles l'application de la directive « ne pourrait se faire qu'au détriment du bon accomplissement des opérations militaires proprement dites ».

Sollicité pour se prononcer sur le refus de transposer en droit français l'article 6 de la directive 2003/88 (relatif au plafond de temps de travail de 48h par semaine) à la gendarmerie départementale, le Conseil d'État, après avoir rappelé que la Constitution demeurerait la norme suprême du droit national et qu'il lui revenait de vérifier si l'application du droit européen, tel qu'interprété par la CJUE, ne compromettrait pas une exigence constitutionnelle non garantie de façon équivalente par ce droit, a constaté que l'organisation du temps de travail dans la gendarmerie ne méconnaissait pas les dispositions en cause de la directive¹.

La décision de la CJUE a néanmoins suscité un certain émoi en France, dans la hiérarchie militaire mais également chez les juristes et les responsables politiques. Ainsi, lors d'une audition à l'Assemblée nationale, le 23 juin 2021, le général Thierry Burkhard, aujourd'hui chef d'état-major des armées, avait évoqué un « péril mortel pour notre armée ». Dans un avis circonstancié, le Haut comité d'évaluation de la condition militaire a, quant à lui, rappelé que « le temps de service des militaires (obéissait) d'abord à l'exigence fondamentale de disponibilité « en tous temps et en tous lieux » du militaire, inhérente à l'état militaire » et que cette exigence avait un fondement constitutionnel : « la nécessaire libre disposition de la force armée »².

Constatant que l'application de la directive 2003/88 risquerait de conduire à un « affaiblissement de la condition militaire en raison d'une moindre disponibilité », il a souligné que la détermination et l'organisation du temps de service des militaires devaient relever « des seules autorités responsables de la sécurité nationale³ ».

¹ CE, Ass., 17 décembre 2021, n°437125.

² Conseil Constitutionnel, n°2014-432 QPC du 28 novembre 2014.

³ Avis publié le 9 avril 2021.

La France a-t-elle fait preuve d'inconséquence ou d'une certaine naïveté concernant le champ d'application de la directive « temps de travail » aux militaires ?

Avant même la décision de la CJUE, il était peu douteux que la directive 2003/88 était susceptible de leur être appliquée, sauf exception prévue par le renvoi à la directive 89/391. Comme le rappelait François-Xavier Millet, universitaire et référendaire à la CJUE, dans une tribune de presse, « *un tel jugement était prévisible. La Cour s'en est tenue au texte de la directive telle que celle-ci a été négociée par les États membres eux-mêmes (dont le gouvernement français) et le Parlement européen*¹ ».

Dans ces deux exemples, malgré la responsabilité de la France dans la négociation et dans l'interprétation restrictive de la directive « temps de travail », et malgré les précautions prises par la Cour dans ses décisions afin de tenir compte des arguments des États membres, ce qui conduit votre rapporteur à considérer qu'il s'agit d'abord d'un sujet franco-français par insuffisance d'anticipation ou de travail en amont de l'élaboration de la norme européenne, on peut souligner une limite et une constante de ses raisonnements tenus en matière régaliennne :

- la limite tient à l'interprétation que donne la Cour de la compétence exclusive des États membres en matière de sécurité nationale, prévue à l'article 4, alinéa 2, du TUE ; cette compétence exclusive pourrait conduire la Cour à beaucoup plus de retenue lorsqu'il s'agit d'appliquer des principes du droit européen en matière de sécurité ;

- comme le souligne Hélène Gaudin, la constante est que la Cour, si elle tente réellement de tenir compte des préoccupations exprimées par les États membres, applique néanmoins « *sur ces nouveaux domaines des logiques jurisprudentielles qu'elle a construites sur le marché intérieur depuis les années 1960-1970.* »². Ce qui l'amène peut-être à défendre davantage les droits du consommateur, du détenteur de données personnelles ou du travailleur que celles du citoyen exposé à de possibles atteintes à sa sécurité.

¹ « Temps de travail appliqué aux militaires : non, le juge européen n'a pas perdu la tête ! », *Le Figaro*, 6 octobre 2021.

² Précisons que cette vision est partagée par la Commission européenne, qui est intervenue au cours de la procédure.

II. FACE À CE POUVOIR RENFORCÉ DES JURIDICTIONS, DE NOUVELLES INSTANCES DE RÉGULATION DOIVENT ÊTRE INVENTÉES

Sans remettre en cause l'acquis démocratique que constitue l'État de droit ni rompre avec les engagements internationaux et européens de la France, qui aboutiraient à un isolement peu conforme aux intérêts de notre pays, la mission s'est attachée les voies d'un dialogue et de rapports renouvelés entre les juges et le monde politique qui trop souvent s'ignorent voire se regardent avec méfiance.

A. UN MEILLEUR CONTRÔLE DE LA QUALITÉ DE LA PRODUCTION NORMATIVE

De multiples interlocuteurs de la mission ont insisté sur les **conséquences de la prolifération normative et de la mauvaise qualité** de certains textes : cette situation crée un **espace pour le juge** qui doit interpréter des textes parfois ambigus, contradictoires entre eux ou instables. La Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, notamment a déclaré que « *l'inflation législative qui peut conduire à fragiliser la cohérence de la législation, et par ricochet, la sécurité juridique, conduit inéluctablement le juge à préciser la portée de la norme, voire à la compléter lorsque cela est nécessaire* »¹.

C'est la raison pour laquelle la première manière de lutter, quoiqu'indirectement, contre un excès de judiciarisation consiste à mieux maîtriser la production normative nationale et européenne.

1. Améliorer la qualité et l'effectivité des textes

a) *L'inflation normative n'est pas sans conséquence sur la fonction de juger*

La réflexion sur l'inflation législative n'est à vrai dire pas nouvelle : Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, invitait à « *travailler davantage ensemble dans le souci de faire de bonnes lois* », alors que le Conseil d'État s'est penché à plusieurs reprises sur cette question dans deux rapports publics de 1991² et 2006³ sur la sécurité juridique.

Le rapport de 2006, notamment, avait mis en évidence le risque d'affaiblissement du Parlement : « *La volonté de tout inscrire dans la loi, outre qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, conduit in fine à un résultat inverse de*

¹ Citation extraite de l'intervention prononcée par Chantal Arens lors de la visite d'une délégation de la mission à la Cour de cassation le 3 mars 2022.

² De la sécurité juridique, rapport public de Conseil d'État, 1991.

³ Sécurité juridique et complexité du droit, rapport public du Conseil d'État, 2006.

Ce rapport est consultable à l'adresse suivante :

<https://www.vie-publique.fr/rapport/28120-rapport-public-2006-securite-juridique-et-complexite-du-droit>

celui qui était recherché : la surcharge du Parlement, puis sa dépossession »¹. L'analyse de Montesquieu, selon laquelle « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »² est donc toujours autant d'actualité.

Le nombre de lois promulguées varie chaque année entre 35 et 60 sur la période 2002 et 2020³. Les **principaux codes en vigueur⁴ comprenaient ainsi près de 49 393 articles au 1^{er} janvier 2021**, contre 22 147 au 1^{er} janvier 2002⁵, soit plus qu'un doublement... et ces chiffres ne prennent pas en compte tous les codes ni les lois non codifiées !

S'il n'explique pas le déséquilibre constaté par la mission d'information entre les pouvoirs institutionnels, ce contexte **met en lumière les contraintes dans lesquelles les juges exercent leurs fonctions juridictionnelles**, outre le manque de moyens – que le Sénat a largement documenté dans de nombreux travaux.

b) La recherche d'une plus grande autodiscipline

Lutter contre l'inflation normative suppose une plus grande autodiscipline de l'ensemble des acteurs, notamment du Gouvernement qui est à l'origine de 90 % des textes de loi. Cela implique de rompre avec l'illusion qui consiste à penser que l'on apporte une réponse à un problème seulement si une nouvelle loi est votée. Comme le notait François-Noël Buffet, président de la commission des lois du Sénat, dans une récente interview⁶, « *la loi devient une réponse médiatico-politique à un problème ponctuel* ». Cela implique aussi de laisser le temps à la réflexion et à la délibération d'aboutir à des textes moins nombreux mais d'une meilleure facture et plus durables.

Au regard de la jurisprudence récente de la justice administrative, le rapporteur invite à la prudence concernant le recours **aux lois de programmation**, définies par l'article 34 de la Constitution comme déterminant « *les objectifs de l'action de l'État* ». Dès lors que le juge est susceptible, dans certaines conditions, de leur reconnaître une portée contraignante, il convient d'utiliser cet outil avec parcimonie et de veiller à

¹ Rapport public de 2006 déjà cité, p. 315.

² De l'Esprit des lois, Livre XXIX, chapitre XVI, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu.

³ Indicateurs de suivi de l'activité normative, Legifrance, 10 mars 2021, données consultables à l'adresse suivante :

<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme>

⁴ Le périmètre inclue le code civil, le code de commerce, le code de la construction et de l'habitation, le code de la santé publique, le code de l'environnement, le code de l'urbanisme, le code du travail, le code général des impôts et le code pénal.

⁵ Ibid supra.

⁶ Interview au journal Le Monde publiée le 16 mars 2022 (https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/03/16/en-matiere-penale-beaucoup-de-situations-pourraient-se-gerer-a-droit-constant_6117744_3224.html)

leur rédaction, notamment si des objectifs chiffrés sont fixés. Les objectifs de l'action de l'État peuvent être présentés dans l'exposé des motifs du texte, dans l'étude d'impact ou dans des déclarations politiques.

Le rapporteur s'interroge également sur l'intérêt d'un meilleur contrôle **des études d'impact**, dont la faiblesse est souvent patente malgré les efforts des services de l'État. Faute d'une réelle évaluation des avantages et des inconvénients des options en présence, l'utilité de ces études est assez modeste. Dans son rapport sur le redressement de la justice du 4 avril 2017¹, Philippe Bas faisait le constat d'une **institution judiciaire déstabilisée par l'accumulation de réformes législatives**, dont les **études d'impact** sont **lacunaires**, notamment sur les **conséquences opérationnelles**.

Depuis une jurisprudence de 2015, le Conseil constitutionnel **n'examine un grief relatif au contenu d'une étude d'impact**², quand il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, **que lorsque la question aura été évoquée devant la Conférence des présidents de la première assemblée saisie**³. On peut se demander si ce **contrôle restreint ne contribue pas à déséquilibrer le jeu institutionnel** : le juge constitutionnel contrôle les décisions du pouvoir législatif, mais se refuse à contrôler les études d'impact rédigées par l'exécutif.

Le renforcement du contrôle des études d'impact par le Conseil Constitutionnel dont découlerait leur amélioration par le Gouvernement pourrait-il contribuer à améliorer la qualité de la loi et à rééquilibrer les institutions en faveur du Parlement ? Il obligerait le Gouvernement à y consacrer plus de temps et à mieux maîtriser sa production normative. Une évolution sur ce point supposerait une révision constitutionnelle pour préciser l'office du juge constitutionnel ou une évolution de la jurisprudence du Conseil.

¹ *Cinq ans pour sauver la justice ! Rapport d'information n° 495 (2016-2017) de Philippe Bas, président-rapporteur, Esther Benbassa, Jacques Bigot, François-Noël Buffet, Cécile Cukierman, Jacques Mézard et François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois le 4 avril 2017. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante :*

<https://www.senat.fr/notice-rapport/2016/r16-495-notice.html>

² *Sur le fondement de l'article 39 de la Constitution qui prévoit que : « La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique. / Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours. » ; la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution régissant le contenu des études d'impact*

³ *Conseil constitutionnel, décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015 sur la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte.*

c) Mieux encadrer le recours aux ordonnances

Plusieurs personnes entendues ont également **regretté l'approbation récurrente par le législateur du dessaisissement de ses prérogatives par le recours aux ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution.**

La mission d'information considère qu'un **meilleur encadrement du recours à ces ordonnances s'impose**, comme le Sénat l'a estimé en adoptant le 4 novembre 2021, sur le rapport de Philippe Bas, la proposition de loi constitutionnelle garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'Etat de droit en cas de législation par ordonnance¹.

Les principaux apports de la proposition de loi constitutionnelle garantissant le respect des principes de la démocratie représentative et de l'État de droit en cas de législation par ordonnance

S'inscrivant dans la continuité du rapport publié le 24 janvier 2018 par le groupe de travail du Sénat sur la révision constitutionnelle, présidé par Gérard Larcher², Président du Sénat, le texte propose plusieurs mesures visant à mieux encadrer le recours aux ordonnances.

Sur leur périmètre :

- imposer au Gouvernement de rattacher sa demande d'habilitation à l'exécution de son programme ou de sa déclaration de politique générale au sens de l'article 49 de la Constitution ;

- rendre le recours à une ordonnance pour tout autre sujet impossible sauf dans trois hypothèses : en cas d'urgence caractérisée, pour la codification à droit constant ou pour l'adaptation des lois dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 73 de la Constitution ;

- définir dans la loi d'habilitation avec précision le domaine d'intervention, l'objet et la finalité des mesures que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance.

Sur les délais :

- fixer un délai d'habilitation de douze mois maximum ;

- et imposer la ratification expresse des ordonnances dans les dix-huit mois de leur publication, à peine de caducité.

Le texte entend également revenir sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel tendant à l'autoriser à contrôler les ordonnances non encore ratifiées.

Le rapporteur se demande s'il ne faudrait pas aller plus loin en envisageant l'idée d'une **adoption dans les mêmes termes par les deux assemblées des lois d'habilitation**, comme la Constitution l'exige

¹ Les documents de référence sur ce texte sont consultables à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-795.html>

² 40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France, groupe de travail présidé par Gérard Larcher, Président du Sénat ; rapporteur François Pillet, sénateur : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/presidence_senat/40_propositions_du_groupe_de_travail_du_Senat_sur_la_revision_constitutionnelle.pdf

aujourd'hui pour les lois organiques relatives au Sénat ou pour les révisions constitutionnelles¹.

Cette « *habilitation conjointe* » permettrait de concentrer les habilitations sur l'essentiel. L'idée n'est pas bien entendu de supprimer la possibilité pour le Gouvernement de recourir à des ordonnances mais à ne pas le faire de manière aussi systématique ou aussi massive qu'à l'heure actuelle. Certes, la proposition d'habilitation conjointe ne serait pas aisée à faire aboutir politiquement mais elle n'en est pas moins un sujet à traiter dans l'hypothèse d'une éventuelle révision constitutionnelle.

Entre les effets du quinquennat et de la chronologie législative, l'exécutif et l'Assemblée nationale ont probablement vocation à ne faire qu'un de manière durable. Aussi, une autorégulation du Gouvernement en matière d'ordonnances est assez peu probable, ce qui pose bien la question d'un déséquilibre institutionnel.

Propositions : - Préciser dans les lois de programmation ce qui relève d'un caractère normatif ou non.

- Mener une réflexion sur le renforcement du contrôle des études d'impact par le Conseil constitutionnel en tant que moyen d'améliorer la qualité de la loi mais surtout de contribuer à réduire l'inflation normative.

- Mieux encadrer le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

d) Reconnaître à certains parlementaires un intérêt à agir en excès de pouvoir dans des domaines délimités

Si les mesures précédentes visent à juguler la production de normes, cette proposition tend au contraire à remédier au problème posé par l'absence de mesures d'application de certains textes.

En effet, une fois la loi votée, les **textes d'application ne sont pas toujours pris dans un délai raisonnable**, ce qui compromet l'entrée en vigueur effective des choix du Parlement et leur application par les juridictions. La jurisprudence administrative n'a jamais reconnu aux parlementaires un intérêt à agir, en tant que tels, pour contester par la voie du recours en excès de pouvoir la régularité d'un acte administratif au regard de la loi, de crainte que des débats d'essence politique s'invitent devant les juridictions.

¹ Respectivement prévues aux articles 46 et 89 de la Constitution.

Une voie médiane a été proposée par le Sénat via l'adoption le 14 octobre 2021 une proposition de loi de Jean-Claude Requier, tendant à **reconnaître à certains parlementaires¹ un intérêt à agir en excès de pouvoir contre le refus de prendre dans un délai raisonnable les mesures d'application d'une loi ou contre une ordonnance de l'article 38 de la Constitution qui aurait excédé son champ d'habilitation.**

La mission d'information reprend à son compte cette idée qui lui paraît une option raisonnable pour aider le Parlement à faire mieux respecter ses prérogatives par rapport à l'exécutif.

Proposition : Donner à certains parlementaires intérêt à agir en excès de pouvoir contre certains actes réglementaires pour renforcer le contrôle par le Parlement de l'application des lois.

2. Sur le droit pénal en particulier

Le droit pénal mérite une attention particulière, tout d'abord parce qu'il illustre particulièrement bien la tendance à l'inflation législative. Dans son étude précitée de 2018 sur la prise en compte du risque dans la décision publique, le Conseil d'État indique que quelque 14 700 infractions étaient alors recensées dans la nomenclature tenue par le ministère de la justice, dont 3 200 seulement, soit 20 %, font effectivement l'objet de poursuites. De nouvelles infractions ont pourtant encore été créées au cours des quatre dernières années, dont certaines auront sans doute rarement l'occasion de s'appliquer...

Seul un véritable **changement culturel** pourrait conduire à inverser cette tendance. Le Sénat est parvenu à « s'auto-discipliner » s'agissant des demandes de rapport au Gouvernement : il ne les accepte plus que de manière exceptionnelle. Il serait souhaitable que s'affirme la **même autodiscipline lorsqu'il est proposé de créer une nouvelle infraction pénale**, ou d'aggraver la peine encourue pour une infraction existante alors que les peines prononcées n'atteignent jamais le plafond prévu par la loi. Cela suppose de mener un travail de conviction pour persuader les parlementaires, mais aussi le Gouvernement et l'opinion publique, que la multiplication des infractions pénales constitue plus un recul qu'une avancée. Elle peut donner à bon compte l'illusion qu'une solution a été apportée à un problème alors qu'elle est en réalité sans effet sur le terrain.

Sur un plan plus qualitatif, il convient de se demander si des changements pourraient être apportés au droit matériel ou à la procédure pénale afin de remédier à la tendance à la pénalisation de la vie politique

¹ Présidents des deux assemblées, présidents de leurs groupes politiques et des commissions permanentes.

décrite dans la première partie de ce rapport. Si elle aboutit à un nombre réduit de condamnations, cette pénalisation peut conduire à des mises en cause parfois injustifiées, préjudiciables à l'efficacité de l'action publique.

La mission n'a pas eu la possibilité de mener la concertation et le travail technique approfondi qui seraient nécessaires pour proposer des solutions « clés en main ». Elle souhaite cependant attirer l'attention sur différentes pistes de réformes qu'il lui paraît utile de mettre en débat.

a) Sur la définition des infractions

Une première piste pourrait consister à revoir la définition de certains délits non-intentionnels auxquels les décideurs publics sont particulièrement exposés, par exemple les délits d'homicides et blessures involontaires, prévus aux articles 221-6 et 22-19 du code pénal, ou la mise en danger de la vie d'autrui, prévue à l'article 223-1 du même code.

Cette piste ne paraît cependant pas être la plus prometteuse, dans la mesure où le législateur a déjà encadré les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale peut être engagée en cas de faute d'imprudence ou de négligence, aboutissant à un dispositif équilibré.

Par la loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, le législateur a d'abord complété l'article 121-3 du code pénal pour rappeler la nécessité d'apprécier *in concreto* la faute d'imprudence ou de négligence en prenant en compte la **nature des missions ou des fonctions** de l'auteur des faits, ses **compétences**, ainsi que le **pouvoir** et les **moyens** dont il disposait. Cette disposition de portée générale a ensuite été déclinée dans les textes statutaires relatifs aux fonctionnaires et aux militaires, ainsi qu'aux chefs d'exécutifs locaux et à leurs délégataires, en y ajoutant une invitation adressée au juge pénal de prendre en compte les « *difficultés propres aux missions que la loi leur confie* »¹.

Une deuxième modification, plus substantielle, est intervenue par la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, dite loi « Fauchon ». Cette réforme s'est inspirée des conclusions du rapport du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics, présidé par Jean Massot, remis au garde des sceaux le 16 décembre 1999.

Complétant à nouveau l'article 121-3 du code pénal, la loi « Fauchon » a introduit une distinction en ce qui concerne la gravité de la faute susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur, qu'il soit ou non un décideur public, pour un délit non intentionnel, en fonction du caractère, **direct ou indirect**, du **lien de causalité** entre cette faute et le dommage. Lorsque le lien de causalité est direct, une **faute simple** suffit à

¹ Cf. l'article 11 bis A de la loi n°83-634 du 11 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, l'article L. 4123-11 du code de la défense, et les articles L. 2123-34, L. 3123-28 et L. 4135-28 du code général des collectivités territoriales.

engager la responsabilité pénale. En revanche, lorsque le lien de causalité est indirect, ce qui est le cas lorsqu'il est reproché à un décideur de ne pas avoir correctement exercé son pouvoir de direction ou de contrôle, sa responsabilité pénale ne peut être engagée que s'il a commis une faute « qualifiée », qui consiste soit en la **violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité** prévue par la loi ou le règlement, soit en une **faute caractérisée** et qui exposait autrui à un **risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer**.

Cette réforme paraît avoir atteint ses objectifs puisque le nombre de poursuites et de condamnations notamment d'élus locaux est demeuré réduit, ainsi que cela a été indiqué dans la première partie de ce rapport.

Plus récemment, à l'initiative du rapporteur, le législateur a procédé, par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, à une modification de la définition du délit de **prise illégale d'intérêts**, prévu à l'article 432-12 du code pénal, afin de mettre un terme à une appréciation de plus en plus formelle de l'infraction qui conduisait à la mise en cause d'élus locaux pour des faits qui ne constituaient pas une réelle atteinte à la probité. Un élu ou un fonctionnaire ne pourra ainsi être poursuivi que s'il a pris un intérêt dans une entreprise ou dans une opération de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité. En complément la loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3DS) a précisé, d'une part, la situation des élus locaux qui représentent une société d'économie mixte locale à l'assemblée des associés ou des actionnaires d'une filiale, d'autre part, celle des élus qui siègent dans les organes d'une personne morale publique ou privée par détermination de la loi.

Le projet de loi constitutionnelle n°2203 pour un renouveau de la vie démocratique, déposé à l'Assemblée nationale le 29 août 2019, qui n'a jamais été examiné par le Parlement, proposait d'aller plus loin en complétant l'article 68-1 de la Constitution, relatif à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement. Il tendait à préciser que « *leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable* ».

La mission a constaté que cette proposition ne faisait guère l'unanimité, ce qui l'incite à penser que la réflexion devrait être approfondie sur le sujet.

Dans son étude de 2018 sur la prise en compte du risque dans la décision publique (rapport Silicani), le Conseil d'État recommandait de réfléchir à une extension, au nom du principe d'égalité devant la loi pénale, de cette disposition aux autres décideurs publics dont les fonctions comportent des difficultés comparables, voire aux décideurs privés. Il s'inquiétait également du risque de voir advenir dans de nombreux cas des impunités choquantes.

Le Procureur général près la Cour de cassation, François Molins, a également critiqué cette disposition, quoique pour des raisons opposées. Il lui a en effet semblé qu'elle n'apporterait pas de protection supplémentaire par rapport au régime de responsabilité prévu à l'article 121-3 du code pénal. Le code pénal dispose que les personnes qui n'ont pas pris les mesures permettant d'éviter le dommage, qui ont donc fait le choix de ne pas agir, ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation de prudence ou de sécurité ou en cas de faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer. On voit mal comment l'une ou l'autre de ces hypothèses pourrait être réunie sans que le ministre soit personnellement impliqué dans la prise de décision.

La modification envisagée de la Constitution aurait donc une portée juridique incertaine. Elle vaudrait surtout pour sa portée pédagogique en invitant le juge pénal à ne pas rechercher la responsabilité pénale du ministre pour des décisions prises par son administration et dont il n'avait pas à connaître. Dans ce type de situation, la responsabilité politique du ministre peut en revanche être engagée.

b) Sur la procédure

Comme on l'a vu, c'est la longueur des procédures, et leur médiatisation, qui peut être dommageable, davantage que les condamnations qui demeurent peu nombreuses.

Dans son étude de 2018, le Conseil d'État formulait des recommandations générales, qui restent d'actualité, appelant à réduire la durée de la phase d'enquête et d'instruction, ce qui suppose de simplifier les règles procédurales, de doter les magistrats de moyens adaptés et de renforcer les services d'enquête. Le rapporteur souscrit d'autant plus aisément à ses recommandations qu'il les avait lui-même formulées à l'occasion de l'examen du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. Il avait regretté que ce texte « *introduise de nouveaux éléments de complexité et alourdisse encore la tâche des magistrats et des enquêteurs en matière pénale* » et il avait noté, alors que la justice a obtenu depuis quelques années de notables augmentations de ses moyens budgétaires et de ses effectifs, qu'une « *bonne partie des marges de manœuvre ainsi dégagées risque d'être absorbée par la gestion de cette complexité croissante* »¹.

En ce qui concerne le respect de la présomption d'innocence, souvent malmenée dans les affaires qui concernent des personnalités de premier plan, il est permis de se référer aux propositions contenues dans le rapport du groupe de travail présidé par Élisabeth Guigou, rendu public en octobre 2021. Ce rapport insiste sur la nécessité de mieux former et sensibiliser les professionnels comme le grand public, d'améliorer la

¹ Cf. le rapport n°834 (2020-2021) fait par Agnès Canayer et Philippe Bonnacarrère au nom de la commission des lois sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire.

communication de la justice, de mieux réguler les réseaux sociaux, de favoriser la réparation au civil des atteintes à la présomption d'innocence.

Le rapport Silicani comme le rapport Guigou soulignent en outre l'intérêt de privilégier le statut de **témoign assisté** plutôt que celui de mis en examen. Le rapport Silicani est celui qui va le plus loin puisqu'il suggère de rendre plus restrictifs les critères autorisant la mise en examen : elle ne deviendrait possible que si le juge d'instruction envisage une mesure coercitive ou, en fin d'instruction, s'il envisage un renvoi devant la juridiction de jugement.

Ces recommandations très générales ne constituent cependant qu'une réponse indirecte au phénomène de pénalisation de la vie politique.

c) Reconnaître la responsabilité pénale de l'État ?

C'est pourquoi la mission souhaite mettre en débat une proposition qui peut constituer une réponse plus pertinente, sans chercher l'immédiateté, à l'attente de la société qu'un « coupable » soit désigné lorsqu'un dommage est constaté, tout en limitant la mise en cause des décideurs en tant que personnes physiques.

En vertu de l'article 121-2 du code pénal, les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité de la personne morale n'est pas exclusive de la responsabilité de la personne physique. Il arrive, dans le cas d'un délit d'imprudance ou de manquement à une obligation de sécurité, que l'une et l'autre soient mises en cause. On peut cependant émettre l'hypothèse, comme l'a fait le Procureur général François Molins, que la reconnaissance de la responsabilité pénale évite la mise en cause de certaines personnes physiques. Un tel raisonnement avait déjà été défendu dans le rapport du groupe d'étude présidé par Jean Massot en 1999.

Des considérations théoriques, pratiques et politiques peuvent s'opposer à la reconnaissance de la responsabilité pénale de l'État. L'État exerce la répression pénale au nom de la société et s'infligerait donc une peine à lui-même, ce qui peut paraître peu cohérent. La seule peine qui pourrait être prononcée serait une peine d'amende, qui serait en réalité à la charge du contribuable. La reconnaissance de la responsabilité pénale de l'État pourrait de ce fait être perçue par nos concitoyens comme une fuite des décideurs devant leurs responsabilités. Elle pourrait être interprétée comme une nouvelle étape vers la pénalisation de la société française, incitant encore plus les victimes à se tourner vers le juge pénal.

Ces considérations avaient incité le groupe d'étude présidé par Jean Massot à plaider pour une extension de la responsabilité des personnes morales de droit public – collectivités territoriales et État – limitée aux seuls manquements aux obligations de prudence ou de sécurité prévues par la loi ou le règlement, sauf s'ils ont été commis de façon délibérée. Cette solution placerait à égalité les responsables et agents publics locaux et nationaux.

Un nouveau groupe de travail pourrait utilement être mis en place afin de réexaminer cette question, à la lumière de l'expérience acquise en matière de responsabilité des personnes morales, qui a été consacrée seulement en 1994. Il entendrait toutes les parties prenantes et réfléchirait aux implications techniques et juridiques d'une extension de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public pour formuler des propositions adaptées aux exigences de notre temps.

Proposition : Mettre en place un groupe de travail pour étudier le bien-fondé et les éventuelles modalités d'une extension de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de l'État.

3. Sur le droit européen

La sensation de « dessaisissement » du pouvoir politique est souvent liée à la place prise par le droit de l'Union européenne qui réduit les marges de manœuvre au niveau national. Proposer de faire primer en toutes circonstances le droit national sur le droit de l'Union ne paraît pas une option réaliste : l'UE ne pourrait fonctionner si chacun de ses États membres pouvait à tout moment faire cesser unilatéralement l'application d'un dispositif, négocié, souvent laborieusement à 27. En revanche, des progrès peuvent être envisagés en ce qui concerne le contrôle du respect du principe de subsidiarité et pour renforcer l'influence des Parlements nationaux sur l'élaboration des textes européens, ce qui peut être une manière efficace de désamorcer en amont d'éventuelles frictions.

a) Les limites du contrôle de subsidiarité

Les traités européens ont confié explicitement aux Parlements nationaux le soin de veiller au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il n'est pas anodin de rappeler que le principe de subsidiarité, qui était un principe de droit canon et du droit allemand, a été inséré dans le droit européen (article 5 du TUE et protocole n°2 annexé aux traités) et dans la Constitution française (nouvel article 88-6) lors de la ratification du traité de Maastricht, qui a procédé au plus important transfert de compétences étatiques vers l'Union européenne.

Comme cela a déjà été rappelé, les compétences de l'Union européenne sont en principe régies par un principe d'attribution.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, en vertu du principe de subsidiarité, l'Union européenne **intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.**

En complément, en vertu du principe de proportionnalité, « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités*¹ ».

En conséquence, tous les projets d'actes législatifs européens doivent être motivés par la Commission européenne au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

De là, les Parlements nationaux disposent de **trois instruments**, souvent décrits de manière imagée comme le « carton jaune », le « carton orange » et le « carton rouge », pour vérifier si la Commission européenne a effectivement respecté le principe de subsidiarité.

Tout d'abord, tout parlement national ou toute chambre de l'un de ces parlements peut, **dans un délai de huit semaines** à compter de la date de la transmission d'un projet d'acte législatif dans les langues officielles de l'Union, adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, un **avis motivé** exposant les raisons pour lesquelles il estime que le projet en cause n'est pas conforme au principe de subsidiarité.

Pour cela, **chaque parlement national dispose de deux voix** (soit une voix par chambre dans les parlements bicaméraux). Dans le cas où les avis motivés sur un projet d'acte législatif rassemblent au moins un tiers de l'ensemble des voix attribuées aux parlements nationaux (un quart, lorsqu'il s'agit de projets en matière de coopération en matière pénale ou de coopération policière)², le projet doit être réexaminé par la Commission européenne (où l'autorité dont émane le texte). **Il s'agit de la procédure dite du « carton jaune »**. Et à l'issue de ce réexamen, ladite autorité peut soit maintenir le projet, soit le modifier, soit le retirer par une décision motivée.

En outre, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, si au moins une majorité simple des voix attribuées aux Parlements nationaux conteste la conformité d'une proposition législative avec le principe de subsidiarité, dans l'hypothèse où la Commission européenne choisit de maintenir sa proposition par une décision motivée, la question est renvoyée au législateur européen (Parlement européen et Conseil), qui examine cette conformité en prenant en considération les motifs invoqués. Si en vertu d'une majorité de 55 % des membres du Conseil ou d'une majorité des

¹ Article 5 du TUE.

² À l'heure actuelle, le nombre de voix réparties entre les Parlements nationaux de l'Union européenne est de 54. Les seuils à atteindre sont donc respectivement de 18 voix et de 14 voix.

suffrages exprimés au Parlement européen, le législateur est d'avis que la proposition n'est pas compatible avec le principe de subsidiarité, **l'examen de la proposition n'est pas poursuivi**¹ (carton orange).

Par ailleurs, chaque assemblée peut former un **recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité**². Ce recours est transmis par le Gouvernement à la Cour (carton rouge).

Le contrôle de subsidiarité au Sénat

La commission des affaires européennes du Sénat, composée de 41 membres appartenant tous également à une commission législative, a une responsabilité première dans la mise en œuvre du contrôle de subsidiarité. Ce rôle est cohérent avec sa mission de réception, d'enregistrement et, le cas échéant, de traitement politique de l'ensemble des textes élaborés par les institutions de l'Union européenne.

a) En pratique, **les avis motivés prennent la forme d'une proposition de résolution européenne** fondée sur l'article 88-6 de la Constitution.

Tout sénateur peut déposer une telle proposition. Une telle proposition est cependant le plus souvent élaborée par la commission des affaires européennes.

En son sein, **un groupe de travail « subsidiarité »**, présidé par le président de la commission et constitué d'un représentant par groupe politique du Sénat, se réunit régulièrement pour examiner les projets d'actes législatifs transmis par la Commission européenne au titre du contrôle de subsidiarité. Dans ce cadre, une note, préparée par le secrétariat de la commission, rappelle les principales dispositions du projet et évalue le texte au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité (le texte est-il fondé sur une base juridique pertinente ? Est-il nécessaire et apporte-t-il une valeur ajoutée à l'état du droit ? Son dispositif est-il proportionné aux objectifs recherchés ?). Cette note est soumise à l'examen des membres du groupe de travail. Ce dernier statue alors sur la conformité de chaque projet au principe de subsidiarité. En cas de doute, sur proposition du groupe de travail, la commission désigne un ou plusieurs rapporteurs ;

b) Si le doute sur la conformité du texte au principe de subsidiarité subsiste, **la commission des affaires européennes adopte une proposition d'avis motivé et la transmet à la commission compétente au fond**, qui adopte la proposition ou la rejette. Si la commission au fond ne se saisit pas de la proposition, celle-ci est considéré comme une résolution du Sénat ;

c) À tout moment de la procédure, un président de groupe peut toutefois demander l'inscription de la proposition en séance publique ;

d) Le Président du Sénat transmet la proposition aux Présidents du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne. Il en informe le Gouvernement.

La procédure est interrompue **au terme du délai de huit semaines** à compter respectivement de la transmission du projet d'acte législatif dans les langues officielles de l'Union européenne ou de la publication de l'acte législatif³.

Ces résolutions peuvent être adoptées en dehors des sessions.

¹ Articles 6 et 7 du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé aux traités européens.

² Article 88-6, alinéas 2 et 3, de la Constitution, et article 8 du protocole n°2 précité.

³ Cette procédure est prévue à l'article 73 octies du Règlement du Sénat.

En pratique, le nombre de projets d'actes législatifs examinés au titre du contrôle de subsidiarité est conséquent mais variable selon les années (les années de fin de mandat de la Commission européenne étant en principe moins prolifiques), comme l'indique le tableau ci-dessous.

Depuis de nombreuses années, le Sénat est notamment vigilant sur l'utilisation par la Commission européenne de l'argument de l'approfondissement du marché intérieur, sur la base de l'article 114 du TFUE, pour justifier des initiatives dans des domaines tels que la sécurité nationale, qui, cela a été souligné, demeure en principe de la compétence exclusive des États membres aux termes de l'article 4 du TUE.

À titre d'exemple, on peut mentionner l'avis motivé adopté le 6 décembre 2017 par le Sénat dans lequel ce dernier rappelle qu'un règlement sur la cybersécurité ne peut relever uniquement du fonctionnement du marché intérieur (articles 26 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), mais qu'il doit aussi intégrer les enjeux de sécurité (article 4 du traité sur l'Union européenne).

Récemment, examinant plusieurs textes législatifs relatifs à la démocratie européenne, la commission des affaires européennes, dans son avis politique adopté le 17 février 2022 et adressé à la Commission européenne, demandait à cette dernière de prendre les mesures nécessaires « pour écarter toute immixtion même involontaire – de l'Union européenne dans les règles nationales relatives à la propagande électorale et à l'organisation des scrutins ».

Années	Textes examinés	Avis motivés adoptés par le Sénat	Seuil du carton jaune atteint
2011	142	1	
2012	95	11	1
2013	133	4	1
2014	46	2	
2015	31	0	
2016	96	7	1 (le Sénat n'y a pas contribué)
2017	91	7	
2018	142	2	
2019	28	0	
2020	90	1	
2021	75	4	
2022	45 (au 1 ^{er} mars 2022)		
Total 2021-2022	1013	39	3

Mais ce contrôle a-t-il permis aux Parlements nationaux de faire respecter le domaine d'intervention des États membres et de mieux faire entendre leur voix dans le débat institutionnel européen ?

La réponse est mitigée. Quantitativement, les Parlements nationaux n'ont réussi à adopter que **trois « cartons jaunes »** depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Le Sénat a contribué à l'adoption des deux premiers :

- en mai 2012, le premier « carton jaune » a été adressé par 12 chambres (sur 40) à l'encontre du projet de règlement concernant l'exercice du droit de mener des actions collectives et de la libre prestation de services (paquet dit « Monti II »). Tout en considérant que les atteintes au principe de subsidiarité invoquées n'étaient pas caractérisées, la Commission européenne a alors retiré son projet ;

- en octobre 2013, 14 chambres dans 11 États membres ont émis un nouveau « carton jaune » au sujet d'un projet de règlement portant création du Parquet européen. En l'espèce, le Sénat, favorable au principe d'une telle institution, avait constaté que le projet présenté par la Commission était beaucoup trop « centralisateur » pour devenir réalité. La Commission européenne, motivant sa décision, a décidé de maintenir sa proposition. Toutefois, le Conseil et le Parlement européen, informés des avis motivés, ont infléchi le projet dans le sens souhaité par le Sénat ;

- enfin, un troisième « carton jaune » a été adressé à la Commission européenne en mai 2016, par 14 chambres représentant 11 États membres contre la proposition de directive concernant le détachement des travailleurs. Là encore, la Commission européenne a maintenu son projet.

Par ailleurs, les Parlements nationaux n'ont jamais mis en œuvre la procédure de « carton orange » et le « carton rouge ».

Comment expliquer ce bilan ? En premier lieu, en raison du fait majoritaire dans nombre de démocraties européennes, les chambres peuvent être conduites à renoncer à leurs prérogatives en matière de subsidiarité afin de ne pas gêner les positions diplomatiques défendues par le pouvoir exécutif dans les négociations européennes. De surcroît, votre rapporteur constate un problème de culture juridique européenne et appelle à cet égard, à une prise en compte plus larges des enjeux européens dans les débats du Sénat.

En deuxième lieu, la mise en œuvre du contrôle de subsidiarité est cantonnée dans un délai de huit semaines incompressible et **ce délai est court, voire trop court, pour adopter un avis motivé puis pour convaincre les autres Parlements nationaux** de la pertinence de la position adoptée en vue de constituer un groupe d'avis motivés suffisant pour atteindre le seuil du « carton jaune » (cette phase de négociation pouvant, de plus, nécessiter un délai de traduction de l'avis motivé dans une ou plusieurs langues étrangères). Néanmoins, le Sénat peut activer plusieurs dispositifs opérationnels lorsqu'il souhaite convaincre ses partenaires européens du

bien-fondé de sa position (bureau de liaison auprès des institutions de l'Union européenne surnommée « antenne administrative de Bruxelles »¹ ; messagerie électronique dédiée aux contacts entre Parlements de l'Union européenne (IPEX)).

En troisième lieu, le **seuil à atteindre** pour former « un carton jaune » (un tiers des voix attribuées au Parlements nationaux) est également dissuasif. D'autant que certaines chambres des Parlements nationaux refusent par principe d'exercer un contrôle de subsidiarité, ce dernier pouvant être assimilé à une position politique « anti-européenne ».

En quatrième lieu, **le contrôle de subsidiarité n'est pas un contrôle au fond des projets d'actes législatifs examinés**. Il s'intéresse à la base juridique choisie pour le projet, à la nécessité et à la valeur ajoutée de ce dernier, ainsi qu'à la proportionnalité existant entre le texte et les objectifs poursuivis. Le contrôle du bien-fondé des dispositions d'un projet d'acte législatif est en revanche exprimé par l'adoption des **résolutions européennes** visées à l'article 88-4 de la Constitution, adressées au Gouvernement et **d'avis politiques**, dans le cadre du « dialogue politique informel » institué par la Commission européenne. Pour des raisons de délai et de cohérence, le Sénat, en premier lieu sa commission des affaires européennes, peut être conduit à privilégier l'adoption de tels résolutions et avis politiques en y insérant des éléments de subsidiarité.

En dernier lieu, la seule existence d'un contrôle de subsidiarité constitue une « arme de dissuasion » des Parlements nationaux à l'égard de la Commission européenne, qui avait été ébranlée lors de l'adoption du premier « carton jaune ». **La Commission est donc très prudente sur les enjeux de subsidiarité et s'évertue depuis à nourrir le dialogue politique informel avec eux, afin d'anticiper d'éventuelles difficultés.**

Simultanément, la pratique du contrôle de subsidiarité, telle qu'elle a existé depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, a, comme le rappelait Diane Fromage, chercheuse à l'IEP de Paris, eu des résultats positifs : *« En effet, le contrôle a gagné en efficacité et a permis « l'eupéanisation » des Parlements nationaux (...) En introduisant le mécanisme d'alerte précoce, les États membres ont finalement incité les Parlements nationaux à s'occuper davantage des questions européennes. »*

b) Renforcer le contrôle de subsidiarité

Dans ce contexte, comme le soulignait le Président du Sénat lors d'un colloque organisé par le groupe Les Républicains le 3 février 2022, il est souhaitable de *« renforcer le rôle du Sénat en tant que gardien du principe de subsidiarité »*.

¹ Un administrateur à temps plein et administrateur-adjoint à temps partiel constituent l'équipe administrative de ce bureau de liaison, rattaché à la commission des affaires européennes.

En premier lieu, afin de conforter ses moyens dédiés à la stratégie d'influence auprès des institutions européennes, à savoir son bureau de liaison auprès de ces institutions, le Sénat pourrait aligner ces derniers sur ceux dédiés par l'Assemblée nationale pour des fonctions similaires (deux fonctionnaires à temps plein). En effet, le succès des procédures de contrôle de subsidiarité repose largement sur la réactivité et l'efficacité de cette mise en relation opérationnelle entre Parlements nationaux.

En interne, la commission des affaires européennes ne doit pas hésiter à **s'appuyer sur l'expertise des commissions permanentes** au moment d'apprécier le respect du principe de subsidiarité. Elle a déjà pour habitude de désigner comme rapporteur un sénateur membre de la commission compétente au fond. Et l'adoption d'un avis motivé est toujours précédée d'échanges politiques entre les présidents de commission. Mais ces échanges réguliers tant au niveau administratif que politique pourraient être encore approfondis, les commissions permanentes pouvant notamment apporter un éclairage précieux sur la dimension opérationnelle des textes conçus à Bruxelles. L'influence du Sénat sur la production normative européenne serait renforcée si l'ensemble des commissions portait une attention plus soutenue à ces enjeux.

La Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union (COSAC) peut également constituer un utile relais d'influence.

La Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union (COSAC) et la coopération interparlementaire européenne

La COSAC est aujourd'hui l'une des structures interparlementaires les plus anciennes de l'Union européenne¹ et elle est incontestablement la plus centrale.

Présidée par les représentants du Parlement de l'État membre assurant la présidence semestrielle du Conseil de l'Union européenne, la COSAC dispose d'un secrétariat permanent. Chaque Parlement y est représenté par une délégation de six membres (soit, trois membres par assemblée dans les Parlements bicaméraux).

Ses réunions permettent un échange régulier entre les instances en charge des affaires européennes des Parlements de l'Union européenne et du Parlement européen. Tous les sujets européens peuvent y être débattus et des intervenants extérieurs viennent éclairer les débats. Elle est également un « forum » de transmission de bonnes pratiques, et a contribué, par exemple sur le contrôle de subsidiarité, à l'émergence d'une culture parlementaire commune. Elle se réunit en pratique une fois par semestre, la réunion plénière, étant précédée d'une « petite COSAC », regroupant les présidents des instances concernées.

¹ La première Conférence des Présidents de Parlements de ce qui était alors la Communauté économique européenne (CEE) date en effet de 1963.

En outre, à la différence d'autres réunions interparlementaires, la COSAC peut adopter des contributions et des conclusions. C'est pourquoi, la COSAC a été sollicitée lorsqu'il s'est agi d'associer les parlements nationaux aux travaux – en cours – de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, dont les réflexions pourraient conduire à une nouvelle révision des traités européens.

Le Parlement français est à l'origine de la création de la COSAC (dont la première réunion a eu lieu à l'Assemblée nationale, en 1989) et y a toujours attaché une grande importance. Les sénateurs français ont ainsi défendu dans cette enceinte le projet d'un Sénat européen, composé de délégations des Parlements nationaux, qui aurait, en particulier, pour tâche de contrôler le respect du principe de subsidiarité. Sous leur impulsion, en 1995, les membres de la COSAC ont également établi une contribution des parlements nationaux à la Conférence intergouvernementale (CIG) qui préparait le traité d'Amsterdam en ayant omis de les associer à ses travaux. En 2000, c'est à nouveau à l'initiative de la présidence française que la COSAC a été utilisée comme plateforme d'échanges d'informations et de bonnes pratiques.

Constatant cependant une certaine fragilisation de la COSAC, du fait d'une rigidité dans l'organisation de ses débats (qui, avec deux minutes d'intervention par orateur, ne permettent pas d'approfondir les questions prioritaires) mais aussi d'une multiplication des initiatives parallèles prises par le Parlement européen, soucieux « d'avoir la primauté » dans le contrôle des institutions de l'Union européenne, la présidence française a décidé de redynamiser ses pratiques. À son initiative, la COSAC a ainsi accepté de constituer deux groupes de travail, l'un sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, l'autre sur les valeurs de l'Union européenne, afin d'être en mesure d'émettre des propositions dans la réflexion sur l'avenir de l'Union européenne.

Enfin, la coopération interparlementaire a connu une spécialisation sectorielle au cours des dernières années, avec la mise en place de la Conférence sur la politique européenne de sécurité commune (PESC/PSDC) en 2012, de la Conférence dite « de l'article 13 »¹, compétente pour débattre des enjeux économiques et financiers, en 2013 et du groupe de contrôle interparlementaire d'Europol, l'agence européenne de coopération policière, en 2017. En attendant la mise en place probable d'un groupe de contrôle interparlementaire sur l'activité de l'agence Frontex, en charge du soutien aux États membres dans la surveillance des frontières extérieures de l'Union européenne.

Ensuite, le Sénat pourrait utiliser les prérogatives aujourd'hui accordées aux chambres des Parlements nationaux mais non encore utilisées, au premier rang desquelles le « carton rouge », à savoir la possibilité de **déposer un recours pour violation de la subsidiarité devant la CJUE**. La notion de subsidiarité doit être entendue au sens large, englobant aussi la contestation d'un éventuel empiètement de l'Union européenne sur le champ de compétences des États membres.

Cela suppose naturellement que **certaines conditions exigeantes soient remplies** : il faudrait qu'un texte viole de manière suffisamment caractérisée le principe de subsidiarité pour que la procédure ait des chances d'aboutir ; de plus, même si juridiquement l'initiative du « carton rouge »

¹ Cette conférence est en effet l'une des modalités de contrôle prévues par le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) appelé également « Pacte budgétaire européen », qui fixe les principales règles budgétaires devant être respectées par les États membres.

appartient en propre à chaque assemblée parlementaire, il serait politiquement préférable que le texte ait donné lieu en amont à un « carton jaune », dont la Commission européenne n'aurait pas tenu compte, sans quoi une démarche si tardive serait mal comprise et difficile à justifier. En l'état, aucun des spécialistes entendus par la mission n'a cité un exemple de texte qui se prêterait à une telle démarche.

Le recours prendrait la forme d'un **recours en annulation** contre l'acte visé. Les moyens d'annulation susceptibles d'être mis en œuvre seraient l'incompétence, la violation des formes substantielles, le détournement de pouvoir, ainsi que la violation des traités et des actes pris pour leur application. Il devrait être formé dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte concerné¹. Aux termes de l'article 88-6 précité, la formation de ce recours serait de droit à la demande de soixante députés ou de soixante sénateurs.

Il prendrait la forme d'une résolution adoptée par le Sénat dans les conditions précédemment décrites pour les avis motivés. Ensuite, le Président du Sénat serait l'interlocuteur privilégié², responsable de la transmission de cette proposition au Gouvernement qui, aux termes de l'article 88-6 de la Constitution, devrait lui-même la transmettre à la CJUE.

De là, le Gouvernement devrait défendre le recours transmis par le Sénat devant la Cour, le cas échéant avec ministère d'avocat. Cette compétence impliquerait également la mise en œuvre, au sein du Sénat, d'une instance de coordination, au niveau politique et administratif, avec le Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) et le ministère de l'Europe et des affaires étrangères, qui, en pratique, assure la défense des intérêts français dans ces procédures.

En effet, seuls « *les États membres ainsi que les institutions de l'Union sont représentés devant la Cour de justice par un agent nommé pour chaque affaire ; l'agent peut être assisté d'un conseil ou d'un avocat*³ ». En pratique, la procédure comprend une phase écrite puis une phase orale, la Cour étant alors susceptible d'entendre des témoins et des experts. Dans cette procédure, les parlements nationaux sont assimilés aux requérants dits « semi-privilegiés » comme la Cour des comptes européenne, la Banque centrale européenne (BCE) et le Comité des régions : ils n'ont pas d'intérêt à agir mais peuvent soulever des moyens tirés de la violation du principe de subsidiarité, entendu largement.

¹ L'article 8 du protocole n°2 annexé aux traités européens renvoie aux dispositions de l'article 263 du TFUE pour les modalités de ce recours.

² L'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires rappelle en effet que « la décision d'engager une procédure contentieuse est prise par le président de l'assemblée concernée, qui la représente dans ces instances. Le président peut déléguer cette compétence aux questeurs de l'assemblée qu'il préside. »

³ Article 19 du protocole n°3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne annexé aux traités européens.

Proposition : Ne pas s'interdire, si un dossier s'y prête, d'engager un recours devant la CJUE pour violation du principe de subsidiarité.

En dernier lieu, dans le cadre de la révision des traités européens qui pourrait être proposée en conclusion des travaux en cours de la Conférence sur l'avenir de l'Europe, la France pourrait demander une modification des délais et des seuils en vigueur pour le contrôle de subsidiarité dans le protocole n° 2, afin de « banaliser » et de « fluidifier » ce contrôle et de garantir en conséquence la vigilance de la Commission européenne en la matière.

Proposition : Dans le cadre de la révision du protocole n° 2 relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, demander l'allongement des délais fixés aux parlements nationaux pour qu'ils procèdent au contrôle de subsidiarité d'un projet d'acte législatif (de huit à dix semaines) et l'abaissement des seuils requis pour atteindre le « carton jaune » (par exemple un quart des voix attribuées aux Parlements nationaux au lieu d'un tiers).

Rappelons également que l'Union européenne, par la voix du Conseil européen des 18 et 19 février 2016, avait réaffirmé son attachement à la place première des États membres pour décider au plus près des citoyens et mettre en œuvre le droit de l'Union européenne, afin de convaincre le Royaume-Uni de rester membre de cette dernière, alors que la campagne référendaire du « Brexit » battait son plein. Le Conseil européen avait ainsi adopté un « Nouvel arrangement » qui précisait en particulier :

- que « les références dans les traités et leurs préambules au processus de création d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ne constituent pas une base légale pour étendre la portée des dispositions des traités ou du droit dérivé de l'Union » ;

- que « les avis motivés adressés par les parlements nationaux conformément à l'article 7, paragraphe 1, du protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité sont dûment pris en considération par l'ensemble des institutions participant au processus décisionnel de l'Union » ;

- que « l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne confirme que la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre » et que « cette disposition ne constitue pas une dérogation au droit de l'Union et ne devrait donc pas être interprétée de façon restrictive ».

Ces précisions pourraient être intégrées dans le droit européen à l'occasion d'une prochaine révision des traités. Elles orienteraient l'action des institutions européennes et la jurisprudence de la CJUE dans un sens respectueux des prérogatives des États.

c) Défendre la mise en place de recommandations annuelles du Sénat sur le programme de travail de la Commission européenne et d'un « carton vert »

Au lieu d'être simplement dans une démarche « défensive » pour faire respecter la subsidiarité, le Sénat comme l'Assemblée nationale gagneraient à se situer aussi dans une démarche de proposition pour influencer davantage le contenu de la législation européenne, ce qui pourrait éviter bien des tensions ultérieures. Ce travail devrait être conduit le plus en amont possible afin d'attirer en temps utile l'attention du législateur européen sur les points auxquels le Parlement national est attaché. On ne saurait reprocher à l'Union européenne de ne pas avoir convenablement traité certains sujets si les États membres n'ont pas formulé de manière suffisamment forte leurs observations.

Le Parlement dispose pour cela de plusieurs outils :

- les résolutions européennes, adoptées en vertu de l'article 88-4 de la Constitution et adressées au Gouvernement ;

- les avis politiques, adressés directement à la Commission européenne dans le cadre du dialogue politique informel.

Mais il doit aussi élaborer une stratégie pour influencer la conception des projets de l'Union européenne. Pour cela, les déplacements des rapporteurs du Sénat auprès des services de la Commission européenne en charge de l'élaboration des projets d'actes européens sont très utiles dans le cadre d'une « stratégie d'influence européenne du Sénat ».

Ils devraient sans doute être complétés par la formalisation plus systématique de **réponses du Sénat aux consultations publiques ouvertes par la Commission européenne** lorsqu'elle envisage de proposer une nouvelle législation européenne, en particulier pour les règlements qui sont d'effet direct.

Il pourrait être fait un meilleur usage des **fiches d'impact simplifiées** (FIS) que le SGAE élabore sur les projets de directives et qui sont transmises à la commission des affaires européennes par le secrétariat général du Gouvernement. Ces fiches dressent un état des lieux des négociations, présentent le dispositif envisagé et décrivent parfois les modifications que sa transposition entraînerait dans le droit national. Elles arrivent cependant souvent trop tardivement pour être exploitées. Une transmission plus rapide et une diffusion de cette information auprès des commissions compétentes dans les assemblées faciliterait le travail de veille et de réflexion des parlementaires.

Proposition : Renforcer le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne en intervenant le plus en amont possible, afin de donner vie au principe posé à l'article 12 du traité sur l'Union européenne selon lequel « les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union ».

Dans le cadre de cette stratégie d'influence européenne, le Sénat doit également être en mesure d'adopter des positions politiques sur des projets de textes législatifs européens, en amont de leur adoption par le législateur européen (Conseil et Parlement européen).

À cet égard, si l'organisation de **débats préalables et postérieurs à la tenue des réunions du Conseil européen** est nécessaire à l'information des sénateurs sur les dossiers européens, elle ne permet pas cette prise de position. En effet, le Conseil européen constitue une instance « d'impulsion » pour l'Union européenne mais **n'est pas en charge de l'adoption des initiatives législatives européennes**.

À l'heure actuelle, le Sénat, tout comme l'Assemblée nationale, lorsqu'il reçoit les projets de textes législatifs européens élaborés par la Commission européenne :

- adresse des résolutions européennes (10 adoptées depuis le 1^{er} octobre 2021) au Gouvernement, pour lui signaler ses points de vigilance en vue des négociations sur ces projets. En pratique, conformément aux dispositions de l'article 88-4 de la Constitution, ces résolutions sont adoptées par la commission des affaires européennes puis, le cas échéant, par la commission permanente compétente au fond¹ ;

- mène un « dialogue politique informel » avec la Commission européenne. Plus précisément, sa commission des affaires européennes adopte des « avis politiques » (onze adoptés depuis le 1^{er} octobre 2021), qui, sous la forme d'une lettre de son président à la Présidente de la Commission européenne, demandent des précisions, des modifications, des ajouts ou des retraites dans les projets de textes européens présentés.

Ces instruments sont utiles mais ont une **visibilité limitée**. Aussi, afin de mieux influencer l'élaboration de la législation de l'Union européenne, la mission considère que le Sénat et l'Assemblée nationale pourraient adopter chaque année des **recommandations annuelles sur le programme de travail de la Commission européenne** pour l'année à venir. Sans avoir de valeur impérative pour l'exécutif, ces recommandations pourraient être comparées à un « mandat d'orientation ».

¹ Article 73 octies du Règlement du Sénat.

Sur la base du programme de travail annuel de la Commission européenne, le Sénat pourrait ainsi définir des lignes directrices et des priorités sur les initiatives législatives européennes annoncées et contribuer à définir les positions politiques du gouvernement français dans ses négociations à venir au sein du Conseil de l'Union européenne.

En pratique, ces recommandations seraient précédées d'un **débat d'orientation** organisé en séance publique, au cours duquel les enjeux principaux de l'actualité européenne et du programme de travail de la Commission européenne feraient l'objet de discussions et d'une expression de chaque groupe politique du Sénat. Ces recommandations seraient adoptées, également en séance publique, sur le rapport de la commission des affaires européennes, avant d'être transmises au Gouvernement, à la Commission européenne et au Parlement européen.

Depuis plusieurs années, le Sénat procède déjà à l'examen du programme de travail de la Commission européenne en adoptant une résolution européenne. Mais il est vrai que cet examen est parfois tardif et que cette résolution est adoptée dans une relative discrétion. Sa transformation en recommandations annuelles à destination du Gouvernement et des institutions compétentes de l'Union européenne, ainsi que la solennité d'un débat d'orientation en séance plénière, renforceraient la publicité des positions européennes du Sénat. En outre, sans constituer un mandat impératif, mis en place dans plusieurs États membres de l'Union européenne (Allemagne, Danemark) pour les négociations européennes mais prohibé dans son principe même par notre Constitution¹, ces recommandations, tout en laissant le pouvoir exécutif libre de ses choix européens, le contraindrait à mieux les justifier auprès du Parlement et, ce faisant, des citoyens, en particulier s'il ne suivait pas les recommandations du Sénat.

Proposition : Prévoir l'adoption, chaque année, par le Sénat et par l'Assemblée nationale de recommandations annuelles à destination du Gouvernement et des institutions de l'Union européenne, définissant ses priorités législatives européennes sur la base de l'examen du programme de travail de la Commission européenne.

En outre, votre rapporteur estime opportune la mise en place d'un « **carton vert** », qui est défendue à l'heure actuelle par le Sénat dans les débats de la Conférence sur l'avenir de l'Europe². Ce « carton vert »

¹ L'article 27 de la Constitution rappelle en effet que « tout mandat impératif est nul ».

² La proposition de « carton vert » décrite dans le présent rapport fait en effet l'objet d'une contribution écrite du Sénat français dans le cadre des travaux de la Conférence, qui a été publiée le 3 mars dernier.

permettrait aux Parlements nationaux d'être mieux associés à l'élaboration de la norme européenne et de disposer d'un véritable droit d'initiative indirect, à l'exemple de celui aujourd'hui accordé par les traités au Parlement européen¹.

Ce droit d'initiative concernerait des actes législatifs comme non législatifs (nouvelles mesures, modification ou suppression de mesures existantes). Il se matérialiserait par l'adoption d'un rapport comprenant un exposé des motifs justifiant la démarche entreprise et des **recommandations sur le contenu de la proposition**.

La proposition serait ensuite **transmise aux autres assemblées parlementaires des États membres de l'Union européenne**. Lors d'une phase de consultation, ces autres assemblées pourraient émettre leurs observations, sur la base desquelles, la chambre à l'origine de l'initiative proposerait une rédaction de compromis. Puis, lors d'une phase de recueil des soutiens, la chambre à l'origine de l'initiative solliciterait leur appui.

Enfin, la **proposition serait transmise à la Commission européenne**, afin qu'elle présente un texte la reprenant, à la condition que les soutiens obtenus représentent un **quart des voix attribuées aux Parlements nationaux ou un quart de la population de l'Union européenne tout en émanant d'au moins quatre États membres**. La Commission européenne reprendrait alors la proposition dans un texte ou communiquerait les raisons de son refus aux Parlements nationaux dans un délai de trois mois.

<p>Proposition : Formaliser à l'occasion d'une révision des traités un droit d'initiative sur les projets d'actes de l'Union européenne par l'instauration d'un « carton vert ».</p>

B. INSTITUER DE NOUVEAUX ESPACES DE DIALOGUE

1. Séparation des pouvoirs ne signifie pas ignorance mutuelle

Plutôt que de tenter de revenir à la situation qui prévalait il y a une cinquantaine d'années, la mission recommande de reconnaître que les juridictions exercent un véritable pouvoir et de développer de nouveaux espaces d'échanges et de dialogues, notamment avec le pouvoir législatif, afin de surmonter les tensions et les incompréhensions qui se font jour régulièrement entre les politiques et les juges.

¹ Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission européenne de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités. Si la Commission ne soumet pas de proposition, elle en communique les raisons au Parlement européen (article 225 du TFUE).

a) La perspective d'un retour en arrière est peu convaincante

Sans s'interdire de proposer certains ajustements en ce qui concerne l'office du juge, la mission estime peu crédible la perspective de revenir à la situation du début des années 1970, avant l'abandon de la théorie de la « loi-écran », avant que les justiciables se voient reconnaître le droit de saisir la CEDH et avant la création de la QPC.

L'une des personnalités auditionnées a néanmoins esquissé un tel programme devant la mission, suggérant de dénoncer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de refonder les traités européens pour passer à une Europe des coopérations, de suspendre ou renégocier les actes du droit de l'Union contraires à nos intérêts nationaux supérieurs, de supprimer la QPC, mais également d'abroger les infractions non intentionnelles pour les ministres et de redonner le droit au ministre de la justice d'adresser des instructions écrites aux procureurs dans les dossiers individuels.

Sur le fond, la mission doute que le chemin proposé soit praticable : il marquerait un profond recul de la garantie des droits fondamentaux, qui serait sans nul doute mal perçu par nos concitoyens ; il ferait en outre disparaître l'acquis de soixante-cinq ans de construction européenne ; mettre à l'abri les ministres de toute poursuite pour faute non intentionnelle donnerait l'impression d'une impunité difficilement acceptable ; les instructions écrites du garde des sceaux dans les dossiers individuels ranimeraient le soupçon d'une justice « politique », qui protège ses amis et cherche à accabler ses adversaires.

Ce programme placerait la France à l'écart des « standards démocratiques » en vigueur dans tous les pays comparables et paraît trop radical pour répondre aux aspirations contemporaines de nos concitoyens. Les drames contemporains frappant le continent européen démontrent à l'envi que l'État de droit reste un bien précieux.

b) Prendre acte du fait que les juridictions prennent parfois des décisions politiques

La mission préconise donc une approche différente : reconnaître que les juridictions nationales et européennes tranchent des questions politiques, au sens où elles concernent la vie de la Cité, et en tirer les conséquences en termes de dialogue entre les pouvoirs.

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont reconnu, en employant des formules variées, ce pouvoir des juridictions. L'ancien juge à la Cour de Strasbourg André Potocki a rappelé à la mission la belle formule de Pierre Pescatore, professeur de droit luxembourgeois, selon laquelle « *le juge est un législateur interstitiel* », ajoutant que « *les interstices sont de plus en plus larges* ». Le professeur Angelika Nussberger, qui a siégé à la CEDH pour l'Allemagne, a proposé de considérer le rôle du Conseil constitutionnel, à l'instar de celui

de la Cour de Karlsruhe, comme s'inscrivant dans une « co-construction » de la loi, ce qui invite à envisager les rapports entre le Parlement et le Conseil dans une démarche collaborative et non dans une logique d'affrontement et de conflit. Le constitutionnaliste Dominique Rousseau a rappelé pour sa part que le Conseil constitutionnel a « *la gomme* » mais « *ne tient pas le crayon* », son rôle ne se situant donc pas sur le même terrain que celui du législateur.

Le professeur Guillaume Tusseau a illustré les multiples manifestations du pouvoir des juridictions, en France et à l'étranger, notant que les juges « *ne se limitent pas à trancher des litiges techniques faits d'arguties juridiques opposant les intérêts circonscrits des individus, mais se trouvent impliqués dans les relations entre les pouvoirs. Ils décident du vainqueur d'une élection (États-Unis), refusent la dissolution d'un parlement (Sri Lanka, Népal), ordonnent l'arrestation d'autorités politiques (Pakistan, Afrique du Sud), dissolvent des formations politiques (Allemagne, Thaïlande, Chili), contrôlent les accords de coalition gouvernementale (Israël). Ils sont ensuite appelés à se prononcer sur de grands thèmes de société, tels que le droit à l'avortement (États-Unis, France, Allemagne, Colombie, etc.), les droits des couples de même sexe (États-Unis, Afrique du Sud, Italie, Canada, France, etc.), le droit à mourir dans la dignité (États-Unis, Irlande, Canada, Colombie), la peine de mort (États-Unis, Afrique du Sud, Ukraine). Ils se prononcent enfin sur les modalités mêmes d'existence de l'unité politique, déterminant les conditions de la sécession d'une partie de l'État (Canada, Espagne), permettant les transitions démocratiques, favorisant la pérennité d'une gouvernance illibérale (Pologne, Hongrie), définissant les conditions de l'intégration supranationale (France, Allemagne, Espagne, Pologne, etc.)* ».

Sous la V^e République l'exécutif et sa majorité à l'Assemblée nationale travaillent main dans la main, la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu ayant donc cédé la place depuis longtemps à une collaboration, voire à une forme « d'hybridation » entre les pouvoirs. Le pouvoir judiciaire est resté quelque peu à l'écart de ce travail collaboratif, ce qui peut contribuer à expliquer que ses décisions soient parfois mal comprises. Notre démocratie ne peut se satisfaire d'une défiance entre le monde politique et les juges.

Le rapporteur est convaincu que la séparation des pouvoirs, ou plutôt ce qui en tient lieu, n'interdit pas d'avoir des échanges plus nourris avec les juridictions, à condition qu'ils se déroulent bien sûr dans des conditions respectueuses de l'indépendance de la justice. Les parlementaires en particulier pourraient nourrir davantage la réflexion des juges, en se faisant les porte-voix des préoccupations qui traversent la société.

c) Le dialogue produit des résultats

A l'intention de ceux qui pourraient juger cette vision irénique, il convient de rappeler que les juges ne sont pas insensibles à ce dialogue puisqu'ils ont montré qu'ils étaient capables de faire évoluer leur jurisprudence lorsque des arguments solides leur sont présentés.

C'est peut-être l'évolution de la jurisprudence de la CEDH qui illustre le plus nettement cette attention portée par les juridictions à leur environnement politique.

Comme l'a expliqué le professeur Laurence Burgorgue-Larsen, la doctrine distingue trois grandes périodes historiques dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : le temps de la « déférence diplomatique » entre 1959 et le début des années 1970, marqué par une grande prudence dans ses décisions ; le temps de la « jurisprudence évolutive, » caractérisé par des décisions plus audacieuses, qui a duré entre 1975 et les années 2010 ; enfin, le retour à la déférence depuis 2010, qui est une réaction à des initiatives politiques ayant abouti à consacrer dans un Protocole n° 15 annexé à la convention le principe de subsidiarité et la notion de marge nationale d'appréciation¹. Cette déférence a conduit la Cour à mettre en œuvre une « *procéduralisation du contrôle* », qui a pour effet de « décerner une présomption particulièrement forte de conventionnalité à une loi qui a été débattue longuement au sein d'un parlement ».

Avant même l'adoption du Protocole, la Cour avait réorienté sa politique jurisprudentielle à la suite de la tenue des Conférences intergouvernementales de Haut niveau (CIG) où nombre d'États avaient exprimé leur défiance grandissante et leur volonté de voir la Cour renouer avec une plus grande retenue (*self restraint*) dans ses décisions.

Pour le professeur Burgorgue-Larsen, « *la dégradation démocratique vertigineuse à l'est du continent* » conduit désormais la Cour à essayer de « *sauver l'essentiel* » en se concentrant notamment sur le respect des articles 2 (droit à la vie), 3 (prohibition de la torture), 4 (prohibition de l'esclavage) et 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention, qui consacrent « *autant de droits indérogeables* »². La Cour veille également à ce que les États ne détournent pas de son objet l'article 18 de la Convention, qui autorise les États à poser des limites aux droits garantis par la Convention, pour faire taire des opposants politiques, des journalistes ou des juges trop indépendants.

La Cour a donc été sensible aux critiques exprimées par les États parties à la Convention et aux reproches « d'activisme judiciaire » qui avaient pu lui être adressés. Le professeur Bertrand Mathieu a exprimé ce point de vue en termes encore plus directs : « *si la Cour a validé l'interdiction du voile islamique dans les universités turques, les crucifix dans les classes italiennes, ou l'interdiction du voile intégral dans l'espace public français, ce n'est*

¹ Le Protocole précise qu'il « incombe au premier chef aux Hautes parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme instituée par la présente Convention »

² Contribution écrite de Mme Laurence Burgorgue-Larsen.

pas le résultat d'une analyse juridique rigoureuse, mais d'un rapport de force »¹. La Cour est attentive aux arguments développés devant elle par les gouvernements nationaux et aux réactions prévisibles des opinions publiques.

Concernant le droit de l'Union, le juge Jean-Claude Bonichot a également insisté sur le fait que la CJUE pouvait faire évoluer sa jurisprudence à la lumière des arguments présentés par les États. Il a cité l'exemple des décisions successives relatives à la conservation des données de connexion : la Cour a d'abord estimé, de manière tranchée, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd* de 2014, que la conservation générale des données était impossible, même avec des conditions d'accès extrêmement strictes ; puis elle a entendu, avec l'arrêt *Tele2 Sverige*, les critiques exprimées par une grande partie des États membres, inquiets des conséquences de l'arrêt de 2014 sur les enquêtes pénales, et elle a admis des rétentions d'informations ciblées, territorialisées, dans certains espaces menacés ; enfin, en 2020, l'arrêt *Quadrature du Net* a apporté de nouveaux assouplissements en autorisant une rétention générale de données liées à la sécurité nationale pour une durée raisonnable, notamment pour lutter contre la criminalité grave.

Promouvoir le dialogue avec les juges n'est donc pas un exercice sans portée : les élus peuvent apporter aux juges des éléments d'information, des analyses qui vont les aider à prendre une décision plus adaptée aux besoins et aux attentes de la société, et qui sera de ce fait mieux acceptée. Plus profondément, le dialogue peut contribuer à atténuer des incompréhensions qui résultent d'une vraie différence de culture et de perspective entre juges et politiques sur laquelle André Potocki avait à juste titre attiré l'attention de la mission : « *Il est clair qu'il y a une différence de culture entre les juges et les politiques. Les responsables politiques développent – c'est bien légitime – une culture de ce que j'appelle, même si l'expression est un peu caricaturale, l'efficacité managériale, appliquée à des questions qui exigent des réponses rapides. À cet effet, ils doivent déployer une communication qui s'adresse au plus grand nombre et implique donc qu'elle soit simple. Les juges sont dans une temporalité différente : la justice intervient après que les problèmes se sont posés. La justice traite les cas de façon à la fois différenciée et détaillée, en ayant recours à un ensemble normatif. Dans la réalité, politiques et juges ne se comprennent pas nécessairement très bien et peuvent être surpris ou agacés par l'attitude de leurs interlocuteurs. Nous devons avoir conscience de ces différences, qui sont inhérentes à nos missions spécifiques* ».

Aujourd'hui, des occasions de rencontres existent. Les parlementaires sont par exemple invités aux conseils de juridiction organisés par les tribunaux, mais ceux-ci n'existent pas partout. Les magistrats qui participent chaque année au Cycle approfondi d'études judiciaires (Cadej), organisé par l'ENM, suivent des enseignements qui visent à approfondir leur réflexion sur des différents sujets qui ne sont pas en prise directe avec leur

¹ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

pratique quotidienne (la production de la loi, le droit international et européen, les questions budgétaires, la communication...). Un bon nombre des présidents de juridiction et des procureurs de la République sont choisis parmi les magistrats ayant suivi cette formation, ce qui garantit une meilleure prise en compte des enjeux d'insertion de la justice dans la vie de la Cité.

Au Sénat, la commission des lois organise, à l'intention de ses membres, des **stages dans différents tribunaux judiciaires**. Ils sont l'occasion pour les participants de découvrir le fonctionnement de la justice, d'apprécier les conditions de travail des magistrats et des fonctionnaires et d'avoir des échanges fructueux avec les professionnels. Après une première expérience réussie au tribunal judiciaire de Paris en 2021, les membres de la commission seront accueillis au sein des tribunaux judiciaires de Paris, Lyon, Rouen, Lille, Marseille et Bordeaux en 2022¹.

La mission suggère naturellement que **cette bonne pratique soit pérennisée** afin que le plus grand nombre de parlementaires appréhende concrètement les contraintes de la prise de décision juridictionnelle.

Il est également arrivé que l'administration parlementaire accueille en détachement pendant quelques années des magistrats de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire.

La mission considère cependant que de nouveaux outils pourraient être mobilisés pour multiplier les occasions d'échanges et leur donner une plus grande ampleur. Elle a observé avec satisfaction que la Cour de cassation notamment partageait cette préoccupation. Le rapport de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030² » aborde en effet des problématiques qui font largement écho à celles de la mission d'information : nécessité d'une « *légitimité repensée* » du juge, « *ouverture de la Cour aux regards extérieurs* », « *enrichissement de la Cour par l'intelligence collective* »... Ces orientations ne peuvent qu'encourager un dialogue renouvelé et enrichi entre les responsables politiques et les juges, dans le respect des prérogatives de chacun. Comme l'a déclaré le Procureur général François Molins devant la mission, « *il faut un dialogue pour éviter le duel* ».

2. Enrichir le processus de décision juridictionnel

a) Faire connaître le point de vue de la représentation nationale

Convaincue que le **dialogue entre magistrats et parlementaires** devant les plus hautes juridictions nationales et européennes peut permettre d'enrichir le processus de décision juridictionnel, la mission propose

¹ La commission des lois du Sénat engage ses travaux d'information et de contrôle jusqu'à juin 2022, communiqué de presse du 24 février 2022 et consultable à l'adresse suivante :

<http://www.senat.fr/presse/cp20220224.html>

² Cf. le rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021 ([Rapport de la Commission 'Cour de cassation 2030'.pdf](#)).

d'établir de pratiques, au premier rang desquelles figurerait l'**adresse d'observations au Conseil constitutionnel au cours de la procédure**. Le Conseil constitutionnel étant le « juge de la loi », ses décisions intéressent tout particulièrement le Parlement.

Le Conseil constitutionnel reçoit, dans des conditions très souples, des « **contributions extérieures** », autrefois appelées « *portes étroites* », qui lui sont adressées par toute personne concernée par la loi soumise à son contrôle et qu'il rend **publiques sur son site internet depuis juillet 2019 dans un souci de transparence**¹.

Rien ne s'oppose à ce que les parlementaires envoient de telles contributions, mais force est de constater qu'il n'est jamais fait usage d'une telle faculté. Pourtant les parlementaires pourraient trouver intérêt, autant que le Gouvernement qui est le plus souvent seul à intervenir en défense de la loi déferée, à **faire valoir leur point de vue**, sans toutefois reproduire devant le Conseil constitutionnel, les débats tenus au Parlement. Cette situation constitue un **héritage** de l'histoire parlementaire, les présidents respectifs du Sénat et de l'Assemblée nationale Alain Poher et Jacques Chaban-Delmas **ayant refusé**, en 1986, la proposition du président du Conseil constitutionnel de l'époque Robert Badinter, **de formaliser un échange d'observations entre les rapporteurs respectifs de chaque chambre et du Conseil constitutionnel**².

Le 11 mars 2022, le Conseil constitutionnel a adopté un **règlement intérieur de procédure encadrant les saisines a priori**³, comme il en existe un pour les QPC⁴, qui est venu codifier les pratiques en vigueur. Il entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2022. Il confirme dans ses articles 10 et 11 la possibilité donnée aux parlementaires d'intervenir à la procédure. L'**audition**, à leur demande, **de représentants des auteurs de la saisine** et la **possibilité pour tous les parlementaires** d'envoyer des « **observations écrites** », communiquées aux parties et rendues publiques au moment de la publication de la décision, sont utilement consacrées. Ces observations

¹ Le Conseil constitutionnel rendra désormais publiques les contributions extérieures qu'il reçoit dans le cadre de son contrôle a priori des lois - *Communiqué de presse du 24 mai 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquel-conseil-constitutionnel-rendra-desormais-publiques-les-contributions-exterieures-qu-il-recoit>*

² La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque, Olivier Dord, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 38 (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement) – Janvier 2013. Cet article est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-qpc-et-le-parlement-une-bienveillance-reciproque>*

³ Décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, *Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution. Ce règlement est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022152ORGA.htm>*

⁴ Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions>

seront considérées comme des pièces de procédure, à l'inverse des « *contributions* », nouvelle dénomination des « *contributions extérieures* ».

Le rapporteur d'un texte pourrait, en cas de saisine du Conseil, envoyer des observations au juge constitutionnel, éventuellement après les avoir soumises à la commission dont il est membre, pour présenter les considérations qui ont présidé aux choix du Parlement, notamment lorsque la saisine soulève des points qui n'ont pas été abordés ou trop rapidement lors des débats parlementaires¹. Une telle démarche présenterait un intérêt lorsque la saisine du Conseil aborde des points importants et que des moyens sérieux sont soulevés.

Proposition : Se saisir de la possibilité pour les parlementaires auteurs d'une saisine *a priori* d'être entendus par le Conseil constitutionnel et, pour tous les parlementaires, de faire valoir des observations écrites sur la loi déférée.

En ce qui concerne les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), l'article 23-8 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit que les présidents des assemblées sont avisés des saisines QPC par le Conseil d'État ou la Cour de cassation et qu'ils « *peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise* ».

L'article 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC² précise que ces autorités peuvent « *présenter des observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci* », qui sont versées à la procédure et notifiées aux parties. Cette possibilité n'a toutefois jamais été utilisée par le Président du Sénat, et seulement quatre fois par celui de l'Assemblée nationale aux débuts de la QPC.

Il est permis de penser que les observations des autres parlementaires pourraient également être accueillies par le Conseil constitutionnel³ ou que les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, s'ils le souhaitent, pourraient recueillir et transmettre les observations des membres de leur assemblée⁴, comme l'indiquait Hugues Portelli, rapporteur

¹ À défaut, une telle contribution pourrait être un peu redondante avec les travaux parlementaires que le Conseil constitutionnel exploite dans ses travaux préparatoires.

² Ibid.

³ Rapport n° 637 (2008-2009) d'Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 29 septembre 2009 sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Il est consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl08-613.html>

⁴ Compte rendu intégral des débats du Sénat, séance du 13 octobre 2009, consultable à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/seances/s200910/s20091013/s20091013023.html>

au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi organique qui modifia ces dispositions.

Il n'est pas forcément aisé pour le président d'une assemblée de s'exprimer sur une disposition législative parfois ancienne et qui a pu être approuvée par une majorité politique différente. De plus, alors que dans le cadre d'une saisine a priori le Conseil juge la loi *in abstracto*, la QPC le conduit à procéder à un examen *in concreto* dans le cadre d'une véritable procédure juridictionnelle. Une intervention parlementaire pourrait se voir reprocher de déséquilibrer le procès dans un sens défavorable à l'une des parties. Le délai limite de réception des observations écrites, fixé en général à trois semaines par le Conseil constitutionnel¹, constitue en outre une contrainte matérielle qui ne facilite pas l'intervention des parlementaires.

En dépit de ces difficultés, une intervention du Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale pourrait être pertinente pour faire connaître le point de vue de la représentation nationale sur des sujets majeurs et éviter que la « défense de la loi » revienne exclusivement au secrétariat général du Gouvernement (SGG). Chaque parlementaire est informé des QPC qui sont transmises au Conseil constitutionnel. Pour permettre leur examen, même superficiel, en amont d'une éventuelle démarche du président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, les présidents des commissions permanentes pourraient exercer une veille afin de repérer celles qui mériteraient une prise de position.

Proposition : Faire usage, dans des affaires majeures, de la possibilité offerte aux présidents des assemblées d'adresser des observations au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une procédure QPC.

Concernant le contentieux porté devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État, il n'existe **aucune procédure semblable**. Il faut souligner **l'importance occupée par les travaux préparatoires**, comme l'a confirmé François Molinié, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Ainsi, « *les parties au procès, les rapporteurs, avocats généraux, rapporteurs publics et le juge lui-même y ont fréquemment recours* »².

Le rapporteur estime toutefois qu'il pourrait être utile, pour certaines affaires à **fort enjeu**, que les parlementaires puissent adresser au cours de la procédure des **observations écrites**³ à **l'avocat général**⁴ ou au

¹ L'article 23-10 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

² Contribution écrite complémentaire.

³ Comme pour le recours à un *amicus curiae*, cette procédure pourrait être formalisée par la loi pour la Cour de cassation et dans le règlement pour le Conseil d'État.

⁴ Selon l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire le procureur général « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir ».

rapporteur public¹, dont le rôle est de présenter une opinion indépendante de celle du magistrat chargé d'instruire l'affaire pour contribuer à **éclairer la formation de jugement**. Ces observations devraient garder un **caractère exclusivement général** pour ne pas être vues comme une forme de « *pression* » sur l'institution judiciaire et ne pas porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Aucune communication ne serait en revanche adressée aux membres de la juridiction en charge de la délibération.

En ce qui concerne l'expression du Parlement devant les juridictions européennes, il convient de veiller à ce qu'une expression non coordonnée avec le Gouvernement n'aboutisse à affaiblir la position de la France, ce qui serait dans bien des cas contre-productif.

Devant la CEDH, le Sénat pourrait en premier lieu chercher à se coordonner avec le Gouvernement afin que ses préoccupations soient prises en compte dans les observations présentées par la France.

Lorsqu'un Français est requérant, l'État est toujours invité à présenter des observations. Il peut intervenir également, si le président de la chambre compétente l'y autorise, dans les affaires ne concernant pas la France. C'est la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères qui assure la défense des intérêts de notre pays dans les contentieux pendants devant la CEDH. Le Gouvernement pourrait trouver intérêt à associer le Parlement à sa réflexion pour donner plus de poids à sa position.

**La procédure de tierce intervention
(Article 44 du règlement de la CEDH)**

Tout **État partie** à la Convention dont un ressortissant est concerné par une requête reçoit une copie de cette dernière et est destinataire d'une notification. Il dispose alors d'un délai de douze semaines pour indiquer au greffier de la Cour s'il souhaite présenter ses observations écrites ou prendre part à l'audience. Ces délais peuvent être exceptionnellement prorogés par le président de la chambre examinant la requête.

Par ailleurs, le président de la chambre précitée, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, peut également inviter ou autoriser tout État partie à la Convention mais non partie à la procédure contentieuse ou **toute personne intéressée autre que le requérant**, à présenter ses observations écrites ou, dans des circonstances exceptionnelles, à prendre part à l'audience.

Les observations écrites doivent être rédigées en français ou en anglais, langues officielles de la Cour. Le greffier les transmet aux parties, qui peuvent y répondre par écrit ou, le cas échéant, à l'audience. Cette procédure est également applicable devant la Grande Chambre.

Rien ne s'oppose par ailleurs à ce qu'un parlementaire prenne individuellement l'initiative d'envoyer des observations qui pourront être

¹ Selon l'article L. 7 du code de justice administrative : « Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ».

acceptées par la juridiction. Comme l'a expliqué André Potocki, ancien juge à la CEDH, « *de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) le font. Beaucoup d'institutions publiques ou quasi publiques le font également. Le président (de la Cour) examine la compétence de ceux qui demandent à être entendus au regard du sujet qui est en débat et veille à ne pas laisser se créer un déséquilibre en faveur d'une partie ou d'une autre par une accumulation d'intervenants. Cependant, il accueille assez largement de telles demandes* ».

Proposition : sur des affaires de grande importance, faire parvenir des observations à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans le cadre d'une « tierce intervention ».

En ce qui concerne enfin la CJUE, il serait pertinent que le Sénat – tout comme l'Assemblée nationale – puisse apporter sa contribution à la position française devant la CJUE en cas de contentieux relatif à l'interprétation d'une norme européenne dans le cadre d'un renvoi préjudiciel ou d'un recours en manquement. Ceci afin d'éclairer la Cour sur les effets concrets de telle ou telle disposition en France et de faire entendre son point de vue dans les contentieux pendants devant la CJUE considérés comme stratégiques.

Dans les faits, ces contentieux stratégiques seraient définis, soit en fonction des travaux de la commission des affaires européennes du Sénat, première vigie de la Haute Assemblée sur l'actualité européenne, soit en fonction de signalements du ministère de l'Europe et des affaires étrangères dans le cadre de l'instance de coordination envisagée.

En pratique, la Haute assemblée pourrait exprimer sa position par la voie d'une lettre ou d'un mémoire écrit transmis en temps utile au ministère de l'Europe et des affaires étrangères, afin que ses agents puissent en tenir compte lors de la procédure contentieuse.

Proposition : Associer le Parlement à l'élaboration des positions défendues par la France dans les contentieux examinés par la CJUE qui présentent un caractère stratégique.

b) Valoriser l'expertise des parlementaires

Encourager le recours à la procédure d'*amicus curiae* pourrait également, comme l'ont indiqué plusieurs personnes entendues, constituer une **bonne voie d'expression pour les parlementaires au cours d'une procédure contentieuse.**

Un *amicus curiae* (littéralement un « ami de la cour ») est une personne ou une organisation extérieure au procès qui partage des informations avec le juge pour l'aider à former son opinion. Contrairement

aux observations écrites transmises aux juridictions à l'initiative des parlementaires, le choix d'entendre l'un des deux au titre de l'*amicus curiae* relève du seul choix du juge qui instruit l'affaire.

Le **juge administratif** peut y avoir recours en application de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, créé en 2010¹, qui dispose que : « *La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties. Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement, les parties dûment convoquées* ».

Il revient donc au juge d'apprécier la pertinence d'un tel avis et de le solliciter. Il doit toutefois s'en tenir, au moment de statuer, aux « *observations générales* » formulées par la personne entendue, pour ne pas entacher sa décision d'irrégularité, sans prendre en compte aucune analyse ou appréciation de pièces du dossier qui seraient faites par ce tiers², pour des raisons évidentes d'indépendance et d'impartialité.

Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État, a ainsi rappelé que l'**avis de Jean Leonetti**³, ancien député à l'origine des deux lois de 2005⁴ et 2016⁵ sur la fin de vie, avait été **recueilli lors de l'instruction de l'affaire Vincent Lambert**⁶.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a consacré à l'article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire le **même principe de l'*amicus curiae* pour la Cour de cassation**⁷ : « *Lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine* ». Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation, a ainsi indiqué à la mission que cela permettait à la Cour d'enrichir « *sa réflexion de précieuses contributions extérieures tout en garantissant la transparence des consultations, le respect du contradictoire et l'équilibre du procès. Les droits du justiciable font en effet l'objet d'une attention*

¹ Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

² Conseil d'État, huitième et troisième sous-sections réunies, 6 mai 2015, n° 375036.

³ Outre Jean Leonetti, avaient également été entendus l'Académie nationale de médecine, le Comité consultatif national d'éthique, le Conseil national de l'ordre des médecins.

⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁵ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

⁶ Conseil d'État, Assemblée, 24 juin 2014, Vincent Lambert, n° 375081.

⁷ Seule concernée pour l'ordre judiciaire, à la différence de l'ordre administratif.

toute particulière afin que le recours à une contribution extérieure n'y portent pas atteinte »¹.

Possible au regard des textes, la consultation des parlementaires demeure trop exceptionnelle, alors qu'elle pourrait contribuer à alimenter le nécessaire échange entre les élus et le monde judiciaire. Sans en faire une règle générale et à leur seule initiative, il serait utile que nos plus hautes juridictions aient à l'esprit la possibilité de ce type de consultation.

Proposition : Encourager le recueil par le Conseil d'État et la Cour de cassation de l'analyse des parlementaires dans le cadre de la procédure d'*amicus curiae*.

c) Une procédure ouverte à l'ensemble des parties prenantes

Constatant que les « domaines juridictionnels et politique ne sont pas séparés de façon hermétique mais sont en osmose par une multitude d'interactions »², le rapport de la **commission de réflexion « Cour de cassation 2030 »** préconise de traiter par une **procédure exceptionnelle certaines « affaires phares »**, identifiées parmi les pourvois à fort enjeu sociétal. Cette « **procédure interactive ouverte** » se déroulerait en **deux temps** : une **séance préparatoire publique** qui pourrait faire intervenir, outre les parties et leurs conseils, le point de vue d'*amicus curiae* ou d'autres tiers, puis une **audience de plaidoirie plus classique**, permettant de débattre des conséquences juridiques des éléments apportés par la séance préparatoire. La commission suggère également que l'arrêt intègre des opinions séparées à sa motivation.

Lors de son audition, André Potocki, qui a présidé la commission Cour de cassation 2030, a donné l'exemple des affaires sur la **gestation pour autrui** ou sur la **laïcité** comme propices à cette nouvelle catégorie d'audience. Comme il l'a précisé devant la mission, « *il ne s'agirait pas de donner la justice en spectacle mais de montrer la complexité des affaires qui lui sont soumises et comment elle les traite* ». Ou pour reprendre les mots de Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation, « *La Cour ferait ainsi d'une affaire sensible un moment de justice accessible* »³.

La mission considère que cette proposition est tout-à-fait pertinente. Si elle donne satisfaction, cette procédure ouverte pourrait également être mise en œuvre par le Conseil d'État, la Haute juridiction administrative ayant également régulièrement à connaître d'affaires ayant un grand retentissement politique, économique ou éthique.

¹ Contribution écrite complémentaire.

² Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021, p. 46. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>

³ Contributions écrites complémentaires.

Les juridictions suprêmes doivent pouvoir prendre en compte toutes les dimensions des problèmes complexes qui leur sont soumis, et dont la résolution ne peut se résumer à la mise en œuvre d'un syllogisme juridique. La consultation des parties prenantes, l'ouverture sur la Cité permettent de cerner plus aisément l'intérêt général qui doit guider la décision juridictionnelle au-delà de la seule technique juridique.

Proposition : Mettre en œuvre la proposition du rapport « Cour de cassation 2030 » d'organiser une « procédure interactive ouverte » pour les affaires à fort enjeu sur lesquelles doit statuer la Cour de cassation.

3. Favoriser un dialogue interinstitutionnel plus nourri

Au terme des auditions, le rapporteur est convaincu de l'intérêt de prendre de nouvelles **initiatives pour favoriser les échanges et la compréhension mutuelle** entre les juridictions et le monde politique et la société plus généralement.

a) Mieux expliquer le sens des décisions de justice

La première condition d'une meilleure compréhension des décisions de justice et d'un dialogue avec l'ensemble des parties prenantes est que la justice explique ses décisions dans un langage clair.

A cet égard, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont récemment fait **évoluer les modalités de rédaction des décisions juridictionnelles** dans un double objectif : **enrichir la motivation** et **clarifier la rédaction** pour en **faciliter la compréhension**. Les plus hautes juridictions de l'ordre juridique national ont toutes deux mis en place un nouveau mode de rédaction depuis 2019.

Le Conseil d'État a ainsi généralisé la **rédaction en style direct** de toutes les décisions rendues par les juridictions administratives depuis le 1^{er} janvier 2019, ce qui revenait à abandonner le marqueur bien connu mais ancien « *considérant que* », et **rendu public un « vade-mecum »**¹ très complet facilitant l'**harmonisation rédactionnelle de la jurisprudence**. Ce dernier présente la méthodologie permettant d'enrichir « *les motifs* » de la décision, soit le raisonnement du juge, qui vont « *permettent aux parties de comprendre les raisons qui ont conduit le juge à rejeter ou à faire droit à leurs prétentions* »². Une **motivation enrichie** permet également de **mieux éclairer et justifier le**

¹ *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, consultable à l'adresse suivante :*

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>

² Ibid. p. 8.

sens de la décision, notamment auprès de l'auteur du texte contesté, qu'il s'agisse du législateur ou de pouvoir réglementaire.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a **modernisé les techniques de rédaction de ses arrêts**, en utilisant le *style direct* et en les **structurant en trois parties** : les faits et la procédure ; l'examen des moyens – comprenant leur présentation et la réponse de la Cour ; et enfin le dispositif. Comme l'indique Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation « *la motivation des arrêts d'une Cour ne peut se réduire à une énonciation d'arguments d'autorité et son acceptation par les parties au litige et par la société dépend étroitement de ses qualités explicatives, démonstratives et justificatives* »¹.

En outre, les arrêts les plus importants de la Cour de cassation bénéficient plus systématiquement d'une motivation développée qui met en évidence la méthode d'interprétation des textes pertinents retenue par la Cour ; les solutions alternatives écartées, à condition qu'elles aient été sérieusement discutées ; les « *précédents* » pour donner plus de lisibilité aux évolutions de la jurisprudence et fait état des études d'incidence effectuées lorsqu'elles ont joué un rôle conséquent dans le choix de la solution adoptée.

Les arrêts dont l'écho citoyen est important bénéficient tant pour l'ordre judiciaire qu'administratif d'une **motivation plus développée voire d'explications d'ordre pédagogique**, formalisées le cas échéant, par un communiqué de presse, qui peuvent s'accompagner de la publication de pièces de la procédure (rapport du rapporteur public, du conseiller ou avis de l'avocat général).

Le rapporteur estime que le **recours à la motivation la plus enrichie et claire possible constitue un instrument** de nature à **faciliter l'accessibilité des décisions de justice et le dialogue entre justice et politique**. En outre, plutôt que de s'engager dès à présent dans la publication d'« *opinions séparées* » ou « *dissidentes* » comme le suggère le rapport Potocki pour la Cour de cassation, le rapporteur estime qu'il serait tout aussi utile de commencer par publier plus fréquemment les rapports et avis établis par les juges et rapporteurs publics ou avocats généraux en charge d'une affaire.

<p>Proposition : Poursuivre le recours à une motivation « enrichie » accompagnée d'une communication pédagogique pour toutes les affaires qui s'y prêtent en cassation.</p>
--

¹ Contribution écrite complémentaire.

b) Des juridictions qui rendent compte de leur action

Institué par l'article R. 212-64 du code de l'organisation judiciaire, le conseil de juridiction, instance locale coprésidée par le président et le procureur de la République de chaque tribunal judiciaire et dont l'objet même est d'être « un lieu d'échanges et de communication entre la juridiction et la cité » pourrait être **l'instance idoine au dialogue institutionnel de proximité entre les parlementaires et tous les acteurs de la justice**. Cet organe n'exerce évidemment « aucun contrôle sur l'activité juridictionnelle ou sur l'organisation de la juridiction ni n'évoque les affaires individuelles dont la juridiction est saisie ».

Article R. 212-64 du code de l'organisation judiciaire

« I. – Le conseil de juridiction, coprésidé par le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République, est un lieu d'échanges et de communication entre la juridiction et la cité. Il se réunit au moins une fois par an.

L'ordre du jour est arrêté par les chefs de juridiction après avis du directeur de greffe en comité de gestion et de l'assemblée plénière des magistrats et des fonctionnaires, qui peuvent également faire des propositions d'ordre du jour.

Le conseil de juridiction se compose de magistrats et fonctionnaires de la juridiction désignés par la commission restreinte ou l'assemblée plénière en fonction de la taille de la juridiction et, en fonction de son ordre du jour, notamment :

1° De représentants de l'administration pénitentiaire et de la protection judiciaire de la jeunesse ;

2° De représentants locaux de l'État ;

3° De représentants des collectivités territoriales ;

4° De personnes exerçant une mission de service public auprès des juridictions ;

5° Du bâtonnier de l'ordre des avocats du ressort et de représentants des autres professions du droit ;

6° De représentants d'associations ;

7° De représentants des conciliateurs de justice désignés par le magistrat coordonnateur de la protection et de la conciliation de justice pour le ressort de la juridiction.

Cet organe n'exerce aucun contrôle sur l'activité juridictionnelle ou sur l'organisation de la juridiction ni n'évoque les affaires individuelles dont la juridiction est saisie.

II. – Lorsque sa consultation est requise par des dispositions législatives ou réglementaires, le conseil de juridiction, coprésidé par le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République près ce tribunal, est composé :

1° Du directeur de greffe ;

2° D'au moins un magistrat du siège désigné par l'assemblée des magistrats du siège ou son suppléant ;

3° D'au moins un magistrat du parquet désigné par l'assemblée des magistrats du parquet ou son suppléant ;

4° D'au moins un fonctionnaire désigné par l'assemblée des fonctionnaires du greffe et, le cas échéant, du secrétariat de parquet autonome, ou son suppléant ;

5° Du maire de la commune siège du tribunal judiciaire ;

6° Du président du conseil départemental ou du président de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale exerçant les compétences du département ou, en Guyane, du président de l'Assemblée de Guyane ;

7° Du bâtonnier de l'ordre des avocats du ressort.

Les personnes mentionnées aux 1°, 5°, 6° et 7° peuvent se faire représenter.

Le président du tribunal judiciaire et le procureur de la République près ce tribunal recueillent l'ensemble des observations présentées lors de la réunion du conseil de juridiction. Ils rédigent, dans un délai de huit jours suivant la réunion, une synthèse de ces observations ».

Sa composition prévoyait auparavant « notamment » la présence de « parlementaires élus du ressort ». Un décret¹ venu tirer les conséquences de l'article LO 145 du code électoral² entré en vigueur le 1^{er} juillet 2018, selon lequel un parlementaire ne peut plus être désigné dans une institution ou un organisme extérieur qu'en vertu d'une disposition législative qui détermine les conditions de sa désignation, a supprimé cette mention.

Il en résulte une **certaine confusion dans les juridictions dont certaines ne savent plus si elles peuvent ou non y convier des parlementaires...** Le rapporteur estime que la **présence des parlementaires du ressort se justifie pleinement au sein de ces instances**. Rien ne s'oppose à ce qu'ils soient conviés mais il pourrait être opportun de clarifier la situation dans la loi. La mission d'information préconise également **d'envisager de créer le même type d'instance pour la juridiction administrative**.

Les interlocuteurs de la mission ont dressé un bilan mitigé des conseils de juridiction, qui s'ajoutent à l'agenda déjà chargé des magistrats et qui deviennent parfois une « grand-messe », avec des échanges formels voire convenus, peu propices à un dialogue franc. Ils facilitent cependant les rencontres et peuvent s'accompagner d'échanges informels en marge de la manifestation. Beaucoup dépend de la manière dont l'ordre du jour est conçu et la circulation de la parole favorisée.

Le rapport de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030³ » propose de créer, sur le même modèle, un **conseil de juridiction au niveau de la Cour de cassation**, réunissant une ou deux fois par an des parlementaires – présidents des commissions des lois de chaque assemblée notamment – du ministère de la justice, de l'ordre des avocats aux Conseils, des représentants de la profession d'avocat, auxquels pourraient être

¹ Décret n° 2019-912 du 30 août 2019 modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

² Issu de l'article 13 de la loi organique du n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique adopté à l'initiative du Sénat.

³ Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, présidée par André Potocki, juillet 2021, p. 85. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.courdecassation.fr/la-cour-de-cassation/demain/cour-de-cassation-2030>

ponctuellement adjoints d'autres personnalités. Le rapporteur estime que cette instance favorisant le dialogue, l'explication et la pédagogie de part et d'autre **pourrait également être créée au niveau du Conseil d'État.**

Ce conseil de juridiction rendrait possible un dialogue entre les pouvoirs, permettrait aux cours suprêmes de communiquer sur leur action et leurs orientations et les aiderait à saisir les attentes des autres institutions et du corps social en général.

Des « **ateliers de jurisprudence** » pourraient également être organisés pour travailler sur des thématiques plus précises et recueillir les observations des acteurs de terrain sur la mise en œuvre de la jurisprudence et son impact. Des parlementaires pourraient y être conviés si cet exercice invite en écho à réfléchir à une évolution de la loi.

Proposition : Faire du conseil de juridiction, local et national, une véritable instance de dialogue et de concertation avec les élus et avec la cité.

Il serait par ailleurs souhaitable que les chefs de cour de la Cour de cassation et le vice-président du Conseil d'État viennent **présenter devant le Parlement leur rapport annuel.** Cette présentation pourrait prendre la forme d'une audition devant la commission des lois ou d'un débat en séance publique. Ces rapports présentent une synthèse de la jurisprudence de l'année écoulée, comportent une étude thématique et éventuellement des propositions de réformes des textes législatifs ou réglementaires. Ils pourraient permettre également de mieux cerner les pratiques juridictionnelles, par exemple pour suivre dans le temps l'usage qui est fait des pénalités qui peuvent être infligées par les tribunaux en cas de recours abusif.

Proposition : Organiser une présentation au Parlement du rapport annuel de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Dans le même esprit, pour que les juridictions rendent compte de leur action auprès du grand public, la mission souscrit au souhait du Conseil supérieur de la magistrature¹ de **renforcer la communication institutionnelle des juridictions.** Comme l'indiquait le procureur général près la Cour de cassation aux sénateurs membres de la mission, François

¹ Avis au président de la République sur la responsabilité et la protection des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 24 septembre 2021, p. 30, consultable à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites/avis-au-president-de-la-republique-sur-la-responsabilite-et-la-protection-des-magistrats>

Molins, la désignation d'un porte-parole de juridiction pourrait être l'un des moyens d'y parvenir.

c) Créer des moments de réflexion partagée avec le Conseil constitutionnel

La mission suggère également d'ouvrir un espace de **dialogue régulier avec le Conseil constitutionnel**, eu égard à son rôle éminent dans la construction de la loi. Les modalités de ce dialogue pourraient être définies en accord avec le Conseil constitutionnel, qui pourrait idéalement en prendre l'initiative, ce qui ne garantirait qu'il ne soit pas perçu comme une forme de pression.

Cet échange pourrait par exemple prendre la forme d'une **présentation par le président du Conseil constitutionnel de son rapport annuel aux assemblées**. Il pourrait s'inspirer de la présentation du rapport annuel de la Cour des comptes en séance publique au Sénat, dans des conditions fixées par la Conférence des présidents¹. Si une assemblée peut inscrire à son ordre du jour un débat sur tout sujet d'intérêt général, comme le rapport annuel du Conseil constitutionnel ou celui de la Cour des comptes, la loi ne pourrait toutefois ni l'imposer ni requérir la présence des responsables de ces institutions, au risque de soulever des difficultés d'ordre constitutionnel².

Cet échange pourrait également prendre la forme d'un **séminaire réunissant autour du Conseil constitutionnel des parlementaires**, des avocats, des universitaires, des magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'État, en commençant par exemple par un **retour d'expérience sur la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité**. Cela pourrait être une première étape intéressante pour créer de nouvelles modalités de dialogue.

La mission suggère en résumé deux modalités de dialogue, l'une formalisée à travers une présentation du rapport annuel aux assemblées, l'autre plus informelle. L'objectif serait que le Conseil constitutionnel puisse s'emparer de l'une ou l'autre de ces deux modalités, voire les deux.

Proposition : Créer un espace de dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel, soit par la voie de la présentation du rapport annuel, soit suivant des modalités plus informelles.

¹ Voir par exemple la séance du 24 février 2022 sur le dépôt du rapport public annuel de la Cour des comptes suivi d'un débat, dont le compte rendu est consultable à l'adresse suivante :

<https://www.senat.fr/seances/s202202/s20220224/st20220224000.html>

² Commentaire de la décision n° 2005-517 DC du 7 juillet 2005 sur la loi organique modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, p. 4, consultable à l'adresse suivante :

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier19/cc_517dc.pdf

d) Envisager l'audition des juges français à la CJUE

Dans le cadre de ce dialogue institutionnel plus nourri entre le Sénat et les différentes juridictions, ne conviendrait-il pas également de garantir des échanges avec les magistrats candidats aux plus hautes fonctions juridictionnelles européennes ?

Les candidats aux postes de juge et d'avocat général à la CJUE, à l'heure actuelle, sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres, après consultation d'un comité institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions en question¹.

Ces juges et avocats généraux sont choisis parmi des personnalités offrant « *toutes les garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires*² ». Ils ne sont donc pas obligatoirement des magistrats mais peuvent être également des personnalités dotées de compétences juridiques unanimement reconnues (certains États membres désignent ainsi des avocats ou des professeurs de droit). Juges et avocats généraux sont désignés pour une durée de six ans renouvelable. Leur renouvellement partiel a lieu tous les trois ans.

Dans le dispositif envisagé, le comité prévu par l'article 255 du TFUE procéderait toujours à l'évaluation de l'adéquation des candidatures à l'exercice des fonctions de juge ou d'avocat général de la Cour. Une fois l'avis du comité transmis au gouvernement français sur la ou les candidatures présentées, les candidats seraient entendus par les commissions compétentes de chaque assemblée, qui auraient ainsi l'opportunité d'échanger avec eux sur la jurisprudence de la CJUE, de connaître leur vision du rôle de la Cour et de vérifier leur aptitude à réfléchir sur l'articulation des systèmes juridiques européens et nationaux. En pratique, les candidats seraient entendus, dans chaque assemblée, par une réunion conjointe des commissions des affaires européennes et des lois.

Une telle formalité est déjà mise en œuvre dans certains États membres. Elle constituerait une opportunité pour les candidats à ces fonctions, d'avoir un dialogue franc avec les parlementaires compétents et d'être « sensibilisés » aux priorités européennes du moment pour le Parlement.

En pratique, cette audition pourrait être organisée par lettre des présidents de commissions compétentes dans le cadre d'un « gentlemen's agreement » avec le Gouvernement. Elle serait alors subordonnée au bon

¹ Article 255 du TFUE. Selon cet article, le comité chargé de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions est composé de « sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires. »

² Article 253 du TFUE.

vouloir des candidats. Pour rendre cette audition obligatoire et donner un pouvoir décisionnel au Parlement, une révision de la Constitution serait nécessaire pour modifier son article 13, qui fixe la liste des emplois et fonctions dont la nomination est soumise à un avis public des commissions permanentes du Parlement, en prévoyant d'y associer la commission des affaires européennes.

À l'issue de cette audition, qui donnerait lieu à un compte rendu, les candidats retenus par le Gouvernement pourraient être nommés d'un commun accord avec les Gouvernements des autres États membres.

Une telle procédure ne pourrait être envisagée pour le juge français à la CEDH, car les membres de cette juridiction sont déjà élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) pour un mandat de neuf ans non renouvelable.

Pour le poste de juge qui lui est attribué, chaque État partie propose une liste de trois candidats. Un panel consultatif constitué de sept membres désignés pour leurs compétences¹, formule des avis sur ces candidatures. Puis, la commission sur l'élection des juges de l'APCE² entend les candidats en audition (à huis-clos), évalue leur parcours professionnel et formule des recommandations sur les qualifications des candidats à l'Assemblée. Son rapport est rendu public. Enfin, les juges sont élus par l'Assemblée plénière à la majorité des voix exprimées³.

Proposition : Envisager l'audition des candidats aux fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne par les commissions compétentes du Sénat et de l'Assemblée nationale avant leur nomination.

C. EXERCER LE POUVOIR JURIDICTIONNEL AVEC RETENUE

La mission plaide pour que les juridictions exercent leur pouvoir avec retenue, ce qui suppose une prise de conscience de la part des magistrats et une forme d'autorégulation. Cette prise de conscience est déjà présente chez certains juges appelés à de hautes fonctions : lors de son

¹ Le panel « se compose de sept membres choisis parmi des membres des juridictions nationales suprêmes, d'anciens juges de juridictions internationales, y compris de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juristes possédant des compétences reconnues, qui siègeront en leur qualité personnelle. La composition du Panel est équilibrée du point de vue géographique et de la parité hommes-femmes. » (résolution CM/Res(2010)26 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

² Cette commission est composée de 20 membres titulaires et de 20 membres suppléants désignés par le Bureau de l'APCE sur la base des propositions de ses groupes politiques.

³ Les parlementaires français appartenant à la délégation française à l'APCE, soit vingt-quatre députés (douze titulaires et douze suppléants) et douze sénateurs (six titulaires et six suppléants), participent à cette élection.

audition par la commission des lois du Sénat, François Seners, désigné par le Président du Sénat pour siéger au Conseil constitutionnel a ainsi estimé que « *quand les jurisprudences peuvent avoir une tentation d'audace, le juge a alors une responsabilité de retenue. La retenue est une valeur cardinale pour le juge constitutionnel* ». Diffuser cette culture de la retenue permettrait d'éviter la plupart des excès, éventuels, de la judiciarisation et d'avoir à envisager des mesures moins respectueuses de l'indépendance des pouvoirs.

1. Concilier indépendance et reddition des comptes : un office du juge responsable

a) Intégrer les questions d'autorégulation et la prise en compte de l'intérêt général à la formation des magistrats

L'**exercice par le juge de son office** constitue une question centrale – mais non moins sensible – de la judiciarisation de la vie publique.

Le rapporteur rejoint à cet égard l'analyse d'André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion « Cour de cassation 2030 », selon lequel le juge doit exercer sa mission avec « *mesure et retenue pour éviter toute tension inutile et permettre à chacun de jouer efficacement son rôle institutionnel* »¹. Le vice-président du Conseil d'État, Didier-Roland Tabuteau, a quant à lui rappelé lors de son audition le sens de « *l'éthique du juge administratif* », « *qui doit être le ministre fidèle de la loi et ne saurait en méconnaître la lettre au nom de considérations d'équité* ».

Il appartient avant tout au juge de s'autolimiter en s'abstenant de trancher des questions éminemment politiques, conformément au cadre déontologique qui s'impose à lui.

La **formation des magistrats**, aujourd'hui logiquement centrée sur les questions juridiques – sauf pour les élèves de l'INSP – **pourrait utilement intégrer des thématiques relatives à l'action publique et à l'intérêt général**.

La mission préconise donc de **faire bénéficier tous les magistrats au titre de la formation initiale, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, des matières du « tronc commun »** proposé par l'Institut national du service public (INSP). Dans le schéma actuel, seuls les élèves de l'INSP – ancienne École nationale d'administration – et de l'École nationale de la magistrature (ENM) en bénéficieront en 2022, ce qui est une bonne chose. Il conviendrait de l'étendre aux élèves du centre de formation de la juridiction administrative qui ne sont pas recrutés par la voie de l'INSP – magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel recrutés par les concours directs, détachement ou tour extérieur.

¹ Contribution écrite complémentaire.

Proposition : Faire bénéficier tous les magistrats au titre de leur formation initiale des enseignements du « *tronc commun* » proposé par l'Institut national du service public (INSP).

b) Veiller à la diversité des profils dans les recrutements et les nominations

Les magistrats seront davantage enclins à faire preuve de retenue et à prendre des décisions pragmatiques si des profils variés coexistent au sein de la magistrature, permettant une meilleure appréhension de toutes les dimensions d'une affaire.

Les juges administratifs sont tenus d'effectuer une mobilité au début de leur carrière, ce qui leur donne l'occasion de connaître pendant deux ans le fonctionnement de l'administration. Les membres du Conseil d'Etat connaissent des expériences variées, en administration centrale, dans les cabinets ministériels, voire dans le secteur privé, qui les préparent à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles.

La justice judiciaire connaît moins de mouvements de ses magistrats à l'extérieur du corps, même si certains peuvent être détachés à la Chancellerie ou à l'inspection générale de la justice. Mais il faut noter que 40 % des candidats admis à l'ENM ont exercé une autre profession avant d'exercer le concours. Ils ont pu être greffier, avocat, commissaire de police, ou venir d'un horizon plus éloigné du monde de la justice. Cette diversité des recrutements est un gage d'ouverture vers la société.

Concernant le Conseil constitutionnel, dont les membres sont nommés par le Président de la République, par le Président du Sénat et par le Président de l'Assemblée nationale, la mission estime souhaitable de **conserver** une **composition** que l'on pourrait définir comme « *mixte* », avec des **juristes** mais aussi des **politiques** - hormis les anciens présidents de la République qui ne devraient plus être membres de droit ce qui fait consensus - ou des **hauts fonctionnaires** afin de garantir que les **décisions sont prises en prenant en compte l'intérêt général ainsi que les contraintes du fonctionnement de l'État**.

En ce qui concerne enfin la CJUE et la CEDH, la France, qui a, en principe, le choix entre des magistrats ou des personnalités ayant des compétences notoires (avocats ou professeurs de droit), privilégie les premiers, ce qui paraît parfaitement adapté à la mission à exercer.

c) Moderniser les conditions de la responsabilité des magistrats judiciaires

Plusieurs personnes entendues ont rappelé à juste titre que le **juge doit pouvoir prendre des décisions juridictionnelles sans craindre de sanction disciplinaire sur le contenu de ces actes**. Pour autant, l'indépendance n'interdit pas de rendre des comptes en cas de manquement.

Même si ces manquements ne sont pas au cœur du phénomène de la judiciarisation, un accent mis sur la déontologie, la sanction de comportements déplacés sont de nature à éviter d'éventuels excès et à favoriser un exercice retenu de leur pouvoir par les magistrats.

Le code de justice administrative¹ affirme les exigences **d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent au juge administratif** réaffirmées par la loi du n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Sans préjuger de l'avenir, peu de pistes d'évolution sont ressorties des auditions à cet égard.

L'évolution des obligations déontologiques et de la responsabilité des magistrats judiciaires est en revanche un sujet d'actualité. Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), saisi par le Président de la République d'une demande d'avis sur la responsabilité et l'indépendance des magistrats, lui a remis son rapport le 24 septembre 2021². Il y formule **trente propositions articulées autour de quatre idées : la déontologie, la détection des manquements disciplinaires, les poursuites disciplinaires et l'échelle des sanctions**, ainsi que la **protection personnelle et fonctionnelle des magistrats**.

**Principales propositions de l'avis remis au Président de la République
par le Conseil supérieur de la magistrature le 24 septembre 2021**

1) Placer la déontologie au cœur de la fonction de magistrat

- instaurer pour les chefs de cours une évaluation dite « à 360° » ;
- instaurer une communication annuelle sur le nombre et les circonstances des avertissements prononcés et porter leur durée d'inscription au dossier du magistrat de trois à cinq ans ;
- octroyer à la commission d'admission des requêtes³ intervenant lors de la saisine d'un justiciable en application de l'article 65 de la Constitution, un pouvoir de rappel des obligations déontologiques afin de ne pas laisser sans réponse des comportements qui, sans être susceptibles de revêtir une qualification disciplinaire (attitude inappropriée à l'audience par exemple), participent de la perte de confiance des justiciables dans la justice.

2) Favoriser la détection des manquements disciplinaires

- permettre aux chefs de cour de saisir directement l'inspection des services judiciaires en vue d'engager une enquête administrative, et à la commission d'admission des requêtes de procéder à des investigations en s'appuyant sur l'inspection générale de la justice.

¹ Articles L. 131-1 et suivants pour les membres du Conseil d'État, L. 231-1 et suivants pour les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

² Avis au président de la République sur la responsabilité et la protection des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, 24 septembre 2021, consultable à l'adresse suivante : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites/avis-au-president-de-la-republique-sur-la-responsabilite-et-la-protection-des-magistrats>

³ Article 50-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

3) Améliorer le déroulement des poursuites disciplinaires et l'échelle des sanctions

- revoir la définition de la faute disciplinaire tout en maintenant la sanctuarisation de l'acte juridictionnel ;
- fixer au garde des sceaux un délai de trois mois après le dépôt d'un rapport d'enquête administrative pour décider des suites disciplinaires, l'absence de saisine valant classement sans suite passé ce délai ;
- rénover l'échelle des sanctions disciplinaires pour mieux appréhender les différents manquements poursuivis.

4) Renforcer la protection personnelle et fonctionnelle des magistrats

- permettre à tout magistrat de saisir le CSM en cas d'atteinte à son indépendance, et instaurer la faculté pour le CSM de se saisir d'office en pareil cas, à l'effet d'émettre une recommandation pour faire cesser l'atteinte ;
- faciliter l'octroi de la protection fonctionnelle.

Source : Conseil supérieur de la magistrature¹

Sans aller dans le détail de toutes les propositions, ce qui n'est pas l'objet de la mission, le rapporteur **approuve le principe de cette démarche et préconise d'en engager la mise en œuvre dès que possible. Il revient au Gouvernement de se saisir de ces propositions.** Il s'agit toutefois d'une **évolution culturelle pour le monde judiciaire**, qui devra se montrer prêt à une plus grande affirmation de la responsabilité du juge dans la société, sans mettre en cause son indépendance.

Proposition : Engager la mise en œuvre des propositions relatives à la responsabilité des magistrats figurant dans l'avis du Conseil supérieur de la magistrature remis au Président de la République le 24 septembre 2021.

d) Faire aboutir la révision constitutionnelle relative au statut des magistrats du parquet

Le **statut des magistrats du parquet constitue de longue date un objet de discussion.** Le Conseil constitutionnel a jugé dans une décision QPC du 8 décembre 2017 que **la Constitution consacre « l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège »².** Au surplus, il a jugé que le **modèle français qui place les magistrats du parquet sous l'autorité du garde des sceaux** lequel peut leur adresser des instructions générales de politique

¹ Ibid.

² Conseil constitutionnel, décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]

pénale¹, est **conforme à la Constitution**, dans la mesure où il opère une conciliation équilibrée entre les principes énoncés et ne méconnaît pas la séparation des pouvoirs.

Toutefois, afin de permettre de **mettre définitivement fin aux polémiques sur les conditions de nomination des magistrats du parquet**, la mission formule le **souhait de voir aboutir la révision constitutionnelle relative au statut du parquet, dans le texte déjà voté en termes identiques par les deux assemblées.**

Il a pour objet, sans remettre en cause la capacité du Gouvernement à déterminer la politique pénale, d'harmoniser les règles de nomination des magistrats du siège et du parquet. Il prévoit que la **nomination des magistrats du parquet se fasse sur l'avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet** - et plus sur son avis simple -, par alignement sur la procédure de nomination des magistrats du siège², et, transfère la **compétence disciplinaire à l'égard des magistrats du parquet du ministre de la justice à la formation du Conseil compétente à l'égard des magistrats du parquet**, qui statuerait comme conseil de discipline, là encore par alignement sur la situation applicable aux magistrats du siège.

Cette réforme correspond à la pratique : autant dans ces conditions dire les choses, ou plutôt les écrire, afin de lever un élément, inutile, d'incompréhension entre magistrats et monde politique. En renforçant la confiance dans la justice et en réaffirmant son indépendance, cette réforme inviterait les magistrats à exercer leur mission en pleine responsabilité.

Proposition : Adopter la révision constitutionnelle relative au statut du parquet, dans le texte déjà voté en termes identiques par les deux assemblées.

2. Rechercher un meilleur partage entre responsabilité pénale et responsabilité politique

La mission d'information souhaite mettre en débat une réforme de la Cour de justice de la République (CJR), qui viserait à éviter des mises en cause injustifiées sur le plan pénal pour redonner toute sa place au contrôle politique exercé par le Parlement.

¹ En application de l'article 30 du code de procédure pénale.

² La réforme adoptée n'aligne toutefois pas complètement le mode de nomination des magistrats du siège sur ceux du parquet. Les magistrats du parquet près la Cour de cassation, procureur généraux et procureurs de la République demeurent nommés par l'exécutif, alors que leurs homologues du siège sont nommés sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature.

Les hauts magistrats qui animent aujourd'hui la CJR ont dressé devant la mission un bilan très mitigé de son fonctionnement. Des procédures longues et complexes ont abouti à des relaxes ou à des peines symboliques. Le champ de compétences restreint de la Cour, qui connaît de la situation des seuls ministres, ne lui permet pas d'avoir une vision globale des dossiers dès lors que d'autres acteurs sont impliqués, ce qui peut faire obstacle à la manifestation de la vérité. Les décisions de la Cour ne peuvent être contestées en appel, mais seulement faire l'objet d'un pourvoi en cassation, ce qui constitue une exception au principe du double degré de juridiction dont la justification n'est pas évidente.

Une réforme de la CJR mérite donc d'être envisagée. Afin de mettre un terme au soupçon d'une justice « politique », administrée par des élus qui se protégeraient entre eux, la compétence des juridictions de droit commun paraît s'imposer. Le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale en août 2019, prévoyait de confier le jugement des affaires à la cour d'appel de Paris. Le rapporteur propose d'aller au bout de la logique qui consiste à retenir la compétence des juridictions de droit, en confiant ce contentieux, en première instance, au tribunal correctionnel de Paris, et à la cour de Paris en appel. Eu égard à la complexité de certaines affaires, le double degré de juridiction constituerait une avancée pour les droits du justiciable et pour une bonne administration de la justice.

La compétence des juridictions de droit commun permettrait de mettre fin à l'actuel éclatement des procédures. Le ministre et ses éventuels collaborateurs coauteurs ou complices de l'infraction seraient jugés ensemble. Les plaignants pourraient se constituer parties civiles et ainsi être présents à l'audience.

Le filtre de la commission des requêtes devrait être maintenu, et même renforcé, afin d'éviter des plaintes abusives qui n'auraient d'autre objet que de déstabiliser, à des fins politiques, l'action d'un ministre. On pourrait imaginer que la commission réunisse, de façon paritaire, des magistrats professionnels, issus, comme c'est le cas aujourd'hui, de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes, et des parlementaires afin que l'examen des dossiers bénéficie de leur double regard. Une telle réforme nécessiterait sans doute de faire évoluer les modalités de fonctionnement de la commission, afin de réserver par exemple la tenue des réunions plénières à l'examen des décisions de renvoi vers la commission d'instruction tandis qu'un groupe de travail plus restreint écarterait les requêtes manifestement irrecevables ou infondées.

L'instruction des dossiers continuerait à être confiée à une commission composée de magistrats très expérimentés, ce qui est une garantie d'indépendance et de professionnalisme.

Proposition : Débattre d'une réforme de la responsabilité pénale des ministres qui confierait ce contentieux au tribunal de Paris, avec un filtre assuré par une commission paritaire associant magistrats et parlementaires.

Lors de son audition, le professeur Cécile Guérin-Bargues a proposé que les fautes non intentionnelles des ministres ne puissent donner lieu à des poursuites pénales et qu'elles relèvent de la seule responsabilité politique du ministre. Reprenant une idée défendue par Guy Carcassonne, elle a suggéré que la décision prise par la commission des requêtes de mettre en jeu la responsabilité politique du ministre ou de l'ancien ministre entraîne la création, de droit, d'une commission d'enquête parlementaire aux pouvoirs renforcés, compétente pour proposer une sanction appropriée (destitution, interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales, inéligibilité...). Dans ce schéma, un débat serait inscrit de droit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, au cours duquel la personne mise en cause serait entendue, l'Assemblée décidant *in fine* de lui accorder son *quitus* ou de lui imposer une sanction.

Cette proposition peut être intellectuellement séduisante mais elle présenterait l'inconvénient d'instaurer une irresponsabilité des ministres pour des infractions pénales non intentionnelles, ce qui est peu cohérent avec la volonté de rapprocher leur régime de responsabilité pénale du droit commun. Si une infraction non intentionnelle a été commise par le ministre, il doit pouvoir en répondre devant les juridictions comme tout justiciable. En revanche, si les faits reprochés ne sont pas constitutifs d'une infraction mais seulement d'une faute de gestion ou d'une erreur d'appréciation, alors un contrôle politique peut être mis en œuvre.

Si la commission des requêtes estime qu'une plainte doit être rejetée, aucune infraction n'étant constituée, mais que son travail met en lumière des fautes de gestion, le Parlement pourrait se saisir du dossier en créant par exemple une **commission d'enquête** ou en dotant une commission permanente des pouvoirs d'une commission d'enquête.

L'Assemblée nationale et le Sénat ont beaucoup développé leurs travaux de contrôle, notamment depuis la révision constitutionnelle de 2008 qui a instauré le droit de tirage des groupes. Ils doivent constituer le vecteur privilégié par lequel s'exerce le **contrôle politique** sur l'action du Gouvernement, le Sénat ayant un rôle particulier à jouer dans la mesure où il dispose d'une plus grande autonomie vis-à-vis de l'exécutif que l'Assemblée nationale, davantage marquée par le fait majoritaire. Ils peuvent être

mobilisés rapidement comme l'a montré la réactivité de nos collègues de la commission des affaires sociales qui se sont emparés ces derniers du sujet du passe vaccinal puis des Ehpad.

L'intensification et l'approfondissement du travail de contrôle du Parlement forment la réponse la plus souhaitable au phénomène de « vases communicants » décrit plus-haut, conduisant par l'affaiblissement du rôle du Parlement et de la responsabilité politique à une montée automatique en puissance de la responsabilité pénale, en particulier des ministres.

Proposition : Revivifier la notion de responsabilité politique en intensifiant le contrôle exercé par le Parlement, notamment via les commissions d'enquête.

Toujours dans le souci de revitaliser la responsabilité politique, le rapporteur rappelle que le Sénat est traditionnellement réservé sur la multiplication des autorités administratives indépendantes (AAI), dont la création a pour effet de « dépolitiser » le suivi d'un secteur d'activité, en le faisant échapper au périmètre d'action du Gouvernement, seul responsable devant les assemblées. La loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a ramené leur nombre d'une quarantaine à vingt-six. Si cette réorganisation était bienvenue, il convient de veiller à l'avenir à n'envisager la création de nouvelles autorités indépendantes qu'avec la plus grande circonspection.

3. L'identité constitutionnelle de la France, arme de dissuasion contre d'éventuels empiètements du droit européen

a) Une notion dégagée par le Conseil constitutionnel

Les tensions entre le droit national et le droit européen sont aujourd'hui difficilement évitables. D'une part, en raison de l'accroissement de l'intervention de l'Union européenne, avec le soutien de la France, et, d'autre part, d'un « raidissement » de la jurisprudence de la CJUE sur la primauté du droit européen en raison de l'opposition frontale menée par plusieurs États membres contre ses arrêts.

Ainsi que le souligne François Molins¹, « le droit de l'Union européenne ne doit pas être vécu comme une donnée imposée mais comme une construction, élaborée par touches successives au niveau supranational et national. (...) C'est donc un équilibre instable qui doit être recherché en permanence dans le but de concilier les droits nationaux et européens ».

¹ Propos de bienvenue adressés aux membres de la mission d'information lors de la réunion de travail conjointe du 3 mars 2022 à la Cour de cassation.

Pour stabiliser cet équilibre, le constituant a mis en place des garanties destinées à permettre au peuple français et à ses représentants de valider les avancées dans la construction européenne. Comme le prévoit l'article 54 de la Constitution, s'il existe une incompatibilité entre la Constitution et un projet de traité européen, le litige est tranché soit par l'arrêt de la ratification du projet soit par une révision de la Constitution. En application des articles 55 et 88-1 de la Constitution, les traités européens et le droit européen dérivé doivent être respectés par les citoyens français comme par les administrations françaises.

Dans ce cadre constitutionnel, le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont, d'une part, mis en place un réel contrôle de conventionnalité et, d'autre part, assument en permanence, comme le rappelle François Molins, « *l'exercice quasi impossible de devoir assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence de la primauté du droit communautaire* ».

Ces deux principes sont susceptibles d'entrer en conflit lorsque la transposition d'une directive européenne conduit à l'adoption d'une norme législative ou réglementaire contraire à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle.

Face à la perspective d'un conflit, Anne Levade rappelait que « *les juridictions françaises ont choisi le dialogue considérant qu'il permettait d'éviter la guerre tout en signalant ponctuellement, à la manière d'une politique de dissuasion juridique, ce que pourraient être les armes de ladite guerre*¹ ».

En 2004, le Conseil Constitutionnel a affirmé qu'une « *règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » pouvait faire obstacle à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives européennes en droit national². Selon cette décision :

- la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ;

- en l'absence d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil Constitutionnel demeure incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives se contentant de tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne.

¹ Contribution écrite.

² Conseil Constitutionnel, décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précisée par la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Sans reprendre la même terminologie, le Conseil d'État a appliqué un raisonnement similaire aux actes réglementaires de transposition par sa jurisprudence « Arcelor »¹.

Le Conseil Constitutionnel a ainsi dégagé une « clause de sauvegarde constitutionnelle » à l'égard d'éventuels empiètements du droit de l'Union européenne, qui fait écho aux termes de l'article 4, alinéa 2, du TUE, selon lesquels l'Union européenne doit respecter « l'identité nationale inhérente » aux « structures fondamentales politiques et constitutionnelles » des États membres.

L'identité constitutionnelle dans les autres États membres de l'Union européenne

*En Allemagne, dans son arrêt « Solange I » du 29 mai 1974², le Tribunal constitutionnel n'a pas suivi la CJCE dans son affirmation d'une primauté inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national. Elle a jugé au contraire que cette primauté était conditionnée par l'article 23 de la Loi fondamentale allemande prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne, et que cet article n'autorisait pas les Communautés européennes à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux.

Dans son arrêt « Solange II »³, la Cour constitutionnelle allemande a fait référence à l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne » en précisant que cette identité est « inaltérable ». Puis dans son arrêt « Lisbonne » du 30 juin 2009⁴, le Tribunal constitutionnel a rappelé que les États devaient rester « les maîtres des traités », que, pour cette raison, lui-même devait être en mesure d'exercer un contrôle ultra vires contre tout empiètement sur des compétences non transférées, et que l'identité constitutionnelle allemande devait être préservée. Cette identité suppose que la construction européenne ne puisse porter atteinte à un noyau dur de principes fondamentaux rendu intangible par l'article 79 de la Loi fondamentale.

*En Italie, en 1973, la Cour constitutionnelle a affirmé l'existence de principes qui « appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne. »⁵. Ayant en principe exclu tout contrôle sur les règlements européens, ces actes étant issus d'un ordre juridique autonome par rapport à l'ordre constitutionnel italien, la Cour a toutefois consacré une « théorie des contre-limites ». Selon cette dernière, elle peut effectuer un contrôle de conformité dans l'hypothèse où un acte de droit européen dérivé sortirait des limites fixées par l'article 11 de la Constitution pour l'adhésion de l'Italie à un traité et violerait les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne.

¹ Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Lorraine, req. n° 287110.

² Décision du 29 mai 1974, BverfGE, « Solange I ».

³ BverfGE 73, 339, Arrêt de la seconde chambre du 22 octobre 1986.

⁴ BverfGE, 30 juin 2009, Lisbonne, 2BvE 2/08.

⁵ Conseil Constitutionnel italien, 15 décembre 1988, n°1146/1988.

*En Espagne, dans une déclaration en date du 13 décembre 2004¹, le Tribunal constitutionnel a lié protection de l'identité constitutionnelle espagnole et « valeurs supérieures » inscrites dans la Constitution. Il a affirmé en conséquence l'existence de limites matérielles à la primauté du droit de l'Union, qui « se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'État, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre. »

b) *Simple instrument d'articulation fonctionnel entre les ordres juridiques ou « arme de dissuasion » à l'égard du droit européen ?*

Mais quelle est la portée exacte de cette « identité constitutionnelle » ainsi dégagée ?

Pendant plusieurs années, le Conseil Constitutionnel a écarté l'invocation de règles et de principes constitutionnels au motif qu'ils étaient déjà protégés par des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, se refusant à aller plus loin².

Puis après un long silence, alors même que le droit européen dérivé se densifiait et se complexifiait de nouveau, les cours suprêmes françaises ont modifié leur position afin de réaffirmer l'importance de l'identité constitutionnelle et de tenter, cette fois, d'en définir le contenu.

Dans son arrêt « *French data network* » du 21 avril 2021, le Conseil d'État, tout en refusant de contrôler que les organes de l'Union européenne, dont la CJUE, avaient excédé leurs compétences, a réaffirmé avec force la « clause de sauvegarde constitutionnelle » : « *Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour (...) aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* ».

Puis, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision *Société Air France*, a été appelé à se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)³ relative à la conformité à la Constitution de plusieurs dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), prévoyant l'obligation de réacheminement d'un ressortissant étranger dont l'entrée a été refusée en France vers son point de départ, par l'entreprise de transport qui l'a acheminé.

Il a d'abord constaté que les dispositions contestées se bornent « à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises »

¹ DTC n°1/2004.

² Par exemple, Décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires, sur les principes d'égalité devant la loi, la liberté d'entreprendre ou encore la liberté d'expression et de communication.

³ Conseil Constitutionnel, décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*.

d'une directive européenne. Puis il rappelé les limites de son contrôle, ce dernier se résumant à un contrôle de conformité des dispositions contestées aux droits et libertés garantis par la Constitution, seulement « *dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ».

Il a enfin affirmé que « *l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* », fondée sur l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, « *constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ».

En complément, dans son arrêt précité du 17 décembre 2021, où il était saisi d'une demande d'application des règles d'une disposition de la directive « temps de travail » à la gendarmerie départementale, le Conseil d'État a souligné l'existence d'une « exigence constitutionnelle de nécessaire libre dispositions des forces armées, aux fins d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation », qui, si elle était privée de garanties effectives par l'application du droit de l'Union européenne (ce qui n'était pas le cas en l'espèce), lui permettrait « d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union... »

Ainsi, le Conseil Constitutionnel, comme le Conseil d'État, ont affirmé une conception de la « clause de sauvegarde » qui traduit « *la complémentarité des offices constitutionnels et européen, et non leur concurrence* »¹, l'identité constitutionnelle n'étant sollicitée par le juge que dans l'hypothèse où un droit ou une liberté fondamentale ne seraient pas protégés par le droit européen.

On peut constater que le Conseil Constitutionnel souhaite mettre en œuvre une vision prudente et « défensive » de l'identité constitutionnelle, sans doute liée au contexte de contestation des arrêts de la CJUE par certaines cours constitutionnelles.

Malgré ces observations, la notion « d'identité constitutionnelle » peut apparaître comme un « garde-fou » suffisant pour permettre à la France de continuer à bâtir l'Union européenne avec les autres États membres et de respecter ses obligations européennes tout en conservant une « marge nationale d'appréciation ». Mais à plusieurs conditions.

Votre rapporteur estime que le Conseil Constitutionnel pourrait à l'avenir développer – en cas de nécessité – une vision plus « offensive » de l'identité constitutionnelle afin d'exercer un effet de dissuasion maximale à l'égard du juge européen, comme l'ont fait de manière très marquante la Cour constitutionnelle allemande mais aussi l'italienne.

¹ *Commentaire de la décision n°2021-940 QPC par le secrétariat général du Conseil Constitutionnel.*

Car la fonction de protection de l'identité constitutionnelle, pour être efficiente, doit être conçue comme « *un tempérament au caractère intrusif du droit communautaire*¹ ». Ce qui pourrait impliquer en son nom – dans des cas certes exceptionnels – une possible opposition des cours suprêmes nationales au droit communautaire.

L'une des personnes entendues, Pierre Steinmetz, considère qu'il est préférable que le concept d'identité constitutionnelle demeure autant que possible « *indéfini* » ou peu défini. Étant « *l'Arme ultime destinée à dissuader les institutions européennes d'aller trop loin* », « *on ne doit pas définir ses conditions d'emploi afin qu'elle conserve sa valeur* ».

Après avoir évité, pendant plus de dix ans, de préciser ce qu'était l'identité constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État ont commencé à donner un contenu à cette notion. Si le Conseil constitutionnel devait poursuivre une volonté de définition du contenu de l'identité constitutionnelle, il aurait certainement en tête une formule de son ancien président Pierre Mazeaud évoquant « *l'essentiel de la République* ». Pour le rapporteur, l'idée essentielle est que cette identité constitutionnelle soit le moyen de s'assurer qu'en toute hypothèse le dialogue des juges entre le niveau européen et le niveau national fonctionne et aboutisse. Toute autre solution conduirait à des aventures institutionnelles à l'exemple du recours à la procédure référendaire pour contester une règle de droit européen. Dans le débat politique interne à notre pays, il est intéressant de souligner auprès des voix les plus « souverainistes » que la préservation et la force du rôle du Conseil Constitutionnel sont, à ce jour, la seule réponse pertinente à la question lancinante entre les niveaux national et européen du : qui a le dernier mot ?

Proposition : Avoir toujours en tête, sans avoir à le dire, que l'identité constitutionnelle de la France est un élément essentiel dans le dialogue mené avec l'Union européenne.

4. Le pouvoir politique doit reprendre l'initiative en cas de désaccord

Lorsqu'une juridiction prend une décision contestable, il revient au politique de reprendre l'initiative pour faire évoluer les textes applicables, y compris au niveau européen.

¹ « *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* » : une supra-constitutionnalité ? », Edouard Dubout, RFDC, PUF, 2010/3 n°83.

a) *Vis-à-vis des juridictions nationales*

Même si les conditions à remplir sont plus ou moins exigeantes en fonction du texte considéré, le pouvoir politique peut reprendre la main en modifiant la règle que le juge a interprétée ou en remédiant aux lacunes que la jurisprudence serait venue combler.

Il revient même au législateur de se saisir en temps utile des sujets émergents s'il ne veut pas que les juridictions tranchent les questions nouvelles qui leur sont posées. Comme l'a expliqué François Molins à la mission, les arrêts qui sont les plus critiqués portent sur des questions de société, la gestation pour autrui par exemple, sur lesquels le législateur a tardé à prendre position.

Concernant les sujets de société, l'arrêt « Perruche » de la Cour de cassation et ses suites ont montré que le législateur pouvait revenir en temps utile sur une jurisprudence judiciaire avec laquelle il est en désaccord. Rendu le 17 novembre 2000 par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, cet arrêt¹ a reconnu le droit pour un enfant né handicapé à demander l'indemnisation de son préjudice, lorsqu'une faute médicale a empêché sa mère d'exercer son droit à exercer une interruption volontaire de grossesse. Cet arrêt a soulevé une émotion considérable et a ouvert un débat éthique complexe, dans la mesure où il donnait l'impression que la naissance d'une personne handicapée constituait, en soi, un préjudice méritant d'être indemnisé.

En réponse, l'Assemblée nationale a d'abord adopté une proposition de loi déposée par le député Jean-François Mattéi, dont l'exposé des motifs virulents témoigne de la vigueur des oppositions qui se sont alors exprimées : « *Pour la première fois, sans doute l'union s'est faite contre une décision de justice : droite et gauche, croyants et non-croyants, valides et handicapés. Tous ont dénoncé dans les termes les plus vifs un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 : eugénisme, discrimination, handiphobie sont les mots utilisés par les plus mesurés des commentateurs qu'ils soient journalistes ou juristes* »².

Cette question a finalement été réglée à l'article 1^{er} de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Dans son Avis sur le projet de loi, le rapporteur Pierre Fauchon, sans dissimuler son désaccord avec la solution retenue par la Cour de cassation, avait placé le débat au niveau qui convient dans le cadre d'un dialogue respectueux entre les pouvoirs : « *Une intervention du législateur paraît désormais inévitable, qui ne saurait être interprétée comme une critique à*

¹ Cet arrêt d'assemblée plénière faisait suite à un premier arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 1996, qui n'avait pas été suivi par la cour d'appel d'Orléans, ce qui avait motivé un nouveau pourvoi.

² Cf. la proposition de loi n° 2806 relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis, présentée par Jean-François Mattéi et plusieurs de ses collègues, déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale le 13 décembre 2000.

l'égard du travail des juridictions. La Cour de cassation n'a pas failli à sa mission. La société actuelle n'est pas telle en effet que le juge puisse traiter chaque cas particulier en lui appliquant de manière mécanique la règle générale. Tandis que la loi est parfois imprécise, contradictoire ou silencieuse, le juge est confronté à des situations nouvelles liées notamment aux progrès fulgurants de la science. (...). À cet égard, si les arrêts de la Cour de cassation sont discutables, ils ne sont sûrement pas déshonorants »¹. Le législateur a posé le principe, désormais inscrit à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, selon lequel « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

Cet exemple montre comment le législateur peut réagir en cas de désaccord ponctuel avec une juridiction suprême. Le législateur garde aussi la possibilité de prendre des mesures plus « structurelles » lorsqu'il observe par exemple que l'action publique dans un secteur est entravée par un contentieux qui ralentit excessivement la conduite des projets.

Le directeur des affaires juridiques au ministère de la transition écologique a donné l'exemple des modifications apportées en 2013 puis en 2018 au contentieux de l'urbanisme. Ces modifications ont rendu plus strict l'appréciation de l'intérêt à agir, réduit certains délais de recours ainsi que le délai pendant lequel des moyens nouveaux peuvent être invoqués et supprimé l'appel quand un projet est réalisé en zone tendue.

Le législateur pourrait aller plus loin et encadrer l'office du juge. On pourrait imaginer qu'il décide que certaines décisions redeviennent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours. Il pourrait décider que certains domaines relèvent d'un contrôle restreint du juge administratif.

De telles dispositions seraient cependant soumises au contrôle du Conseil constitutionnel et de la CEDH qui pourraient se montrer peu ouverts à ce type d'initiatives au nom du droit à un recours juridictionnel effectif. Il existe des exemples de censure prononcée alors que le législateur avait voulu restreindre l'accès au juge. Par sa décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, le Conseil constitutionnel a par exemple censuré, d'une part, les dispositions relatives aux conditions de formation devant le juge administratif d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions instaurant une mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) ou la renouvelant, qui prévoyaient un délai de recours d'un mois après la notification de la décision et laissaient un délai de deux mois au juge administratif pour se prononcer, d'autre part, les dispositions relatives aux modalités de contestation, selon la procédure du référé-liberté, d'une décision de renouvellement d'une mesure d'assignation et d'une mesure d'interdiction de fréquenter certaines personnes.

¹ Cf. *l'Avis n°175 (2001-2002) fait par Pierre Fauchon au nom de la commission des lois.*

b) Vis-à-vis des juridictions européennes

En ce qui concerne la révision des textes européens, elle est certes plus difficile, sans être impossible pour peu que la France parvienne à convaincre les autres États membres de la justesse de ses positions. Le professeur Jacques Ziller a rappelé lors de son audition qu'il était même possible à un État membre d'obtenir une modification des traités, malgré la règle de l'unanimité : « *Le cas le plus éclatant est celui de la disposition du traité d'Amsterdam concernant les régions ultrapériphériques (actuel article 349 TFUE), adoptée pour surmonter les difficultés dues à l'interprétation de la disposition du traité de Rome relative aux départements d'outre-mer, qui limitait l'étendue des dérogations pouvant leur être accordées* »¹.

Concernant le droit dérivé, le professeur Mattias Wendel a donné l'exemple de l'adoption de la directive « citoyenneté » de 2004 pour montrer comment le législateur européen peut contraindre la CJUE à infléchir sa jurisprudence : « *La CJUE a suivi la voie tracée par le législateur européen dans la directive de 2004 sur la citoyenneté de l'Union : cela se traduit par un accès plus restrictif aux prestations sociales par rapport à la jurisprudence antérieure. La CJUE a d'ailleurs été critiquée en Allemagne pour ne pas avoir corrigé le législateur européen en s'appuyant sur le droit primaire. (...) Fondée ou non, cette critique prouve que le législateur a une certaine influence sur la jurisprudence, même lorsqu'il s'agit d'un droit ancré dans les traités* ».

Aujourd'hui, une modification semble nécessaire, concernant la directive 2003/88 sur le « temps de travail » pour préserver la disponibilité des forces armées en France. En pratique, cette modification prendrait la forme d'une révision ciblée de la directive permettant l'exclusion du personnel militaire de son champ d'application. La France a donc commencé un travail de négociations pour convaincre la Commission européenne, qui seule, peut proposer une modification de la directive 2003/88, d'accepter ce processus, en dépit du risque de réouverture d'autres débats sur son contenu (temps de repos ; période de garde...).

La Commission européenne devra ensuite consulter, à deux reprises, les partenaires sociaux européens au sujet des orientations envisagées, puis du projet définitif. Parallèlement, la France a sensibilisé les États membres qui doivent assumer les prochaines présidences semestrielles du Conseil de l'Union européenne, afin qu'ils s'engagent à soutenir l'adoption de cette révision. Il s'agit donc d'un travail diplomatique ardu. Mais à défaut, la France devrait faire adapter l'organisation de ses forces armées à la jurisprudence de la CJUE au détriment de leur disponibilité.

S'agissant de la CEDH, il a déjà été fait référence au Protocole n°15, entré en vigueur le 1^{er} août 2021, qui atteste de la capacité des États parties à réaffirmer leurs prérogatives par l'inscription dans la Convention du principe de subsidiarité et de la notion de marge nationale d'appréciation.

¹ Citation extraite des réponses écrites au questionnaire du rapporteur.

Comme on l'a vu, la Cour avait déjà sensiblement infléchi sa jurisprudence sans attendre l'entrée en vigueur du Protocole, sensible aux attentes politiques exprimées par les États.

c) Dans les rapports avec le Conseil constitutionnel

En ce qui concerne enfin la jurisprudence constitutionnelle, deux situations peuvent être distinguées.

Il est fréquent que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il censure une disposition législative, donne des indications sur les critères qui devraient être remplis pour que le dispositif envisagé devienne conforme aux exigences constitutionnelles. L'actualité récente en a fourni un exemple particulièrement parlant : le Conseil a censuré une première tentative du législateur de donner une base légale à l'utilisation des drones (caméras aéroportées) par les forces de sécurité intérieure ; un deuxième texte, répondant aux objections formulées, a été adopté quelques mois plus tard et cette fois jugé conforme à la Constitution.

Les étapes ayant abouti à l'adoption d'un cadre juridique pour l'utilisation des drones

- En premier lieu, l'article 47 de la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés a cherché à donner une base légale à l'usage des caméras aéroportées par les forces de sécurité intérieure, les services de secours et les polices municipales.

Ces services étaient autorisés à procéder au traitement d'images au moyen de caméras aéroportées pour une liste étendue de finalités, y compris avec transmission en temps réel, sous certaines. À l'initiative du Sénat, et conformément aux recommandations de la CNIL dans son avis rendu sur saisine du président de la commission des lois, les garanties entourant le régime d'usage des drones avaient été largement renforcées (régime d'autorisation préalable, prohibition expresse des techniques de captation des sons, de reconnaissance faciale, des interconnexions automatisées de données, meilleur encadrement des finalités, etc.).

- Saisi a priori de cette loi, le Conseil constitutionnel a d'abord estimé, dans sa décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, que le législateur pouvait autoriser la captation, l'enregistrement et la transmission d'images par des drones aux fins de recherche, de constatation ou de poursuite des infractions pénales ou aux fins de maintien de l'ordre et de la sécurité publics, pour répondre aux objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Il a toutefois souligné que, eu égard à leur mobilité et à la hauteur à laquelle ils peuvent évoluer, les drones sont susceptibles de capter, en tout lieu et sans que leur présence soit détectée, des images d'un nombre très important de personnes et de suivre leurs déplacements dans un vaste périmètre. En conséquence, il a jugé nécessaire de mettre en œuvre des garanties particulières de nature à sauvegarder le droit au respect de la vie privée. Le Conseil constitutionnel a en particulier relevé :

- que le champ d'application du dispositif voté par le législateur était très large, puisqu'il pouvait être recouru aux drones pour toute infraction en matière judiciaire, y compris une contravention, et pour de nombreuses finalités en matière administrative ;

- que le législateur n'avait fixé aucune limite maximale à la durée de l'autorisation de recourir à ce dispositif, ni aucune limite au périmètre dans lequel la surveillance pouvait être mise en œuvre ;

- que le législateur n'avait pas prévu que le recours aux drones présente un caractère subsidiaire en matière de police administrative ;

- qu'un contingentement du nombre de drones pouvant être utilisés n'avait pas été prévu.

Le Conseil a en conséquence estimé que le législateur n'avait pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, les objectifs à valeur constitutionnel de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée. Il a donc censuré la possibilité pour les forces de sécurité intérieure et la police municipale de recourir à des drones. Il n'a conservé que la possibilité pour les services de secours de recourir à de tels dispositifs pour des missions de prévention, de protection et de lutte contre les risques de sécurité civile, de protection des personnes et des biens et de secours d'urgence.

• L'article 15 de la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure a remis l'ouvrage sur le métier, en prenant en compte les objections exprimées par le Conseil constitutionnel dans sa décision.

Le texte a d'abord autorisé les services de la police et de la gendarmerie nationales à utiliser les drones pour six finalités limitativement énumérées (prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens et protection des bâtiments et installations publics, sécurité des rassemblements de personnes sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, prévention d'actes de terrorisme, régulation des flux de transport, aux seules fins du maintien de l'ordre et de la sécurité publics, surveillance des frontières en vue de lutter contre leur franchissement irrégulier, secours aux personnes).

Sauf en cas d'urgence, l'emploi des drones est subordonné à l'obtention d'une autorisation préfectorale écrite et motivée déterminant le périmètre géographique concerné, ainsi que le nombre maximal de caméras pouvant procéder simultanément aux enregistrements. La durée de l'autorisation ne peut excéder trois mois, renouvelables.

L'utilisation des drones est assortie de trois garanties complémentaires : l'interdiction de recueillir les images de l'intérieur des domiciles ni, de façon spécifique, celles de leurs entrées ; un contrôle a posteriori rendu possible grâce à un registre des traitements mis en œuvre ; un arrêté du ministre de l'intérieur fixant le nombre maximal de caméras pouvant être simultanément utilisées dans chaque département.

Une déclaration d'inconstitutionnalité ne doit donc pas nécessairement être perçue comme un « camouflet » par le Parlement : elle peut ouvrir la voie à une rédaction de la loi par tâtonnements successifs, qui permet *in fine* d'atteindre l'objectif poursuivi dans le respect de l'État de droit. Le Conseil constitutionnel joue ainsi le rôle d'un garde-fou qui contribue à l'amélioration de la qualité de la loi. Comme l'indique Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po, le Conseil constitutionnel est « *co-législateur* » en ce qu'il demeure, à « *égalité avec d'autres acteurs, l'un des participants à la production de l'ordre juridique* »¹.

¹ Contribution écrite complémentaire.

L'analyse est différente lorsque le Conseil constitutionnel censure une disposition sans donner d'indications sur les critères qui pourraient permettre d'en assurer la constitutionnalité.

Lors de son audition, l'adjoint à la directrice des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) du ministère de l'intérieur, Vincent Ploquin, a donné l'exemple de la décision n°2021-822 DC du 30 juillet 2021 : dans cette décision, le Conseil a censuré l'extension à deux ans de la durée maximale des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance¹ (MICAS), considérant qu'elle ne procédait pas à une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale, sans laisser entrevoir la moindre ouverture.

Cette décision ne constituait cependant pas une surprise, le Conseil constitutionnel ayant déjà indiqué, dans sa décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, que les MICAS, *« compte tenu de [leur] rigueur, [...] ne saurai(en)t, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois »*. Le Gouvernement avait fait le pari, hasardeux, que le Conseil constitutionnel pourrait faire évoluer sa jurisprudence si une prolongation était envisagée dans certains cas bien circonscrits. Le Sénat n'avait pas partagé cette analyse, voyant dans la prolongation à deux ans un risque constitutionnel fort², et avait rejeté cette mesure, finalement approuvée par la seule Assemblée nationale.

Même dans une telle hypothèse, il serait exagéré de considérer que le politique est désarmé face à la décision du juge constitutionnel. D'abord parce que le législateur garde la possibilité d'imaginer un dispositif différent, permettant d'atteindre le même objectif mais plus respectueux des libertés. Ainsi, le Sénat ne s'était pas contenté de rejeter la prolongation des MICAS à deux ans, il avait proposé un dispositif alternatif, faisant intervenir le juge judiciaire, sur lequel le Conseil constitutionnel n'a bien sûr pas eu l'occasion de se prononcer puisque la proposition du Sénat n'avait pas été retenue dans le texte définitif.

Ensuite, il convient de rappeler que le pouvoir constituant reste souverain en dernier ressort : il est toujours possible de convoquer un « lit de justice » pour reprendre la formule du doyen Vedel. Pour Georges Vedel, *« C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. À celui qui se plaint que la loi votée par les*

¹ Une mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) peut être prononcée par le préfet à l'encontre des personnes dont le comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics. Elle comporte une interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre, d'entrer en relation avec certaines personnes et une obligation de pointer au commissariat ou à la gendarmerie.

² Cf. le rapport n° 694 (2020-2021) fait par Marc-Philippe Daubresse et Agnès Canayer au nom de la commission des lois, déposé le 16 juin 2021.

représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que 'la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution'. Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, **le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts** »¹. Dans cette perspective, le juge constitutionnel n'a pas le pouvoir de s'opposer à la volonté des représentants du peuple souverain, il peut seulement leur indiquer que la mesure qu'ils ont cru pouvoir prendre par le vote d'une loi ordinaire appelle en réalité le vote d'une loi constitutionnelle.

d) Des propositions plus radicales écartées

Plusieurs interlocuteurs de la mission ont proposé des changements plus « disruptifs », pour reprendre un terme à la mode. En pratique, ces réformes nécessiteraient d'être étudiées si le nouvel équilibre collaboratif entre les pouvoirs que la mission appelle de ses vœux ne voyait pas le jour.

En pratique, ces réformes nécessiteraient une révision des traités européens ainsi qu'une révision de la Constitution.

Pierre Steinmetz a ainsi proposé une forme de renvoi préjudiciel à la CJUE mais nécessitant au préalable un débat politique au sein du Conseil européen : « Si le conflit se trouvait tel qu'un exutoire institutionnel paraisse indispensable, il serait nécessaire de permettre au souverain, (les États), de « reprendre la main ». On pourrait imaginer que, lorsqu'un État estime qu'un de ses intérêts fondamentaux et son identité constitutionnelle sont méconnus par une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il puisse saisir le Conseil européen. Celui-ci aurait la faculté de renvoyer l'affaire à la Cour afin que celle-ci la réexamine, en lui indiquant l'interprétation des textes conforme à l'intention des États signataires² ».

En matière constitutionnelle, une autre piste a été dessinée par le professeur Guillaume Tusseau, inspirée d'une technique originale utilisée dans le système constitutionnel canadien de protection des droits fondamentaux, dite « clause nonobstant » : « Par une déclaration expresse, il est permis au Parlement fédéral ou à une législature provinciale de maintenir en vigueur pour cinq années renouvelables une loi incompatible avec certaines dispositions constitutionnelles. Selon la doctrine dominante, une telle technique conduit à des dialogues entre acteurs plutôt que de réserver à une catégorie d'institutions un monopole ou une suprématie en la matière³ ». Le législateur et le

¹ Georges Vedel, Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991), dans. RFDA, 1992 p. 173.

² « Primauté du droit européen ou des Constitutions des États, sortir de l'impasse », tribune publiée dans le Figaro, 18 novembre 2021.

³ Contribution écrite.

juge sont ainsi amenés à prendre conscience des enjeux qui s'attachent à leurs activités respectives en matière de respect des droits fondamentaux.

Jean-Éric Schoettl a formulé une proposition qui relève de la même inspiration en suggérant que le Parlement puisse surmonter une « jurisprudence incapacitante » du Conseil constitutionnel par un vote à la majorité qualifiée, des trois cinquièmes par exemple, ce qui constituerait une forme renouvelée de « lit de justice » pour reprendre l'expression du doyen Vedel. Sans modifier formellement la Constitution, ce qu'un désaccord sur un point ponctuel ou technique ne justifie pas nécessairement, le Parlement pourrait ainsi faire aboutir des mesures qui lui paraissent essentielles pour l'avenir du pays.

La mission ne retient pas ces propositions, faisant le pari d'un meilleur dialogue entre magistrats et Parlement, avec la conviction que la solution est toujours dans l'équilibre entre les institutions, dans l'équilibre entre les pouvoirs.

e) Une invitation à donner un nouveau souffle à notre démocratie

A de multiples reprises, les travaux de la mission ont montré que la tendance à la judiciarisation de la vie publique traduit une insatisfaction des citoyens vis-à-vis du fonctionnement de notre démocratie. Ayant le sentiment de ne pas être entendus, les citoyens expriment leur protestation en portant plainte devant les tribunaux. Estimant que le politique ne prend pas les mesures adéquates pour traiter certains dossiers, ils se tournent vers le juge administratif pour qu'il donne des injonctions à l'État. Devant la difficulté de mettre en cause la responsabilité politique des élus, ils se situent sur le terrain de la responsabilité pénale.

Ces observations répétées invitent en conclusion à chercher à revivifier notre démocratie. Le Parlement doit assumer pleinement son rôle, qu'il s'agisse de contrôler l'exécutif, de se saisir de nouveaux sujets éthiques ou d'exercer le contrôle de subsidiarité, sans quoi le juge occupera l'espace laissé libre.

Les outils de la démocratie participative ne doivent pas non plus être négligés pour bâtir cette « démocratie implicative »¹ que le Sénat a déjà commencé à mettre en œuvre et sur laquelle il a des idées précises. La démocratie directe, par un recours plus fréquent au référendum pour trancher les grandes questions qui traversent notre société, peut aussi être un moyen de retisser le lien entre les Français et la politique. Mais la manière de recourir plus fréquemment au référendum est déjà un autre sujet...

¹ Cf. le rapport d'information n° 520 (2021-2022) « Pour une nouvelle dynamique démocratique à partir des territoires : la démocratie implicative », fait par Françoise Gatel et Jean-Michel Houllégatte, au nom de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat, déposé le 17 février 2022.

EXAMEN EN COMMISSION

(Mardi 29 mars 2022)

- Présidence de Mme Cécile Cukierman, présidente -

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Mes chers collègues, nous nous réunissons aujourd’hui pour l’examen du projet de rapport présenté par notre collègue Philippe Bonnacarrère. Le rapport provisoire vous a été adressé vendredi dernier afin que vous puissiez en prendre connaissance dans le détail avant notre réunion.

Ce rapport s’appuie sur les vingt-cinq auditions organisées par la mission entre le début du mois de janvier et le début du mois de mars, certaines auditions ayant donné lieu à une réunion plénière, d’autres à une audition du rapporteur ouvertes aux membres de la mission. Une délégation s’est rendue le 3 mars à la Cour de cassation afin d’y rencontrer les chefs de cour, ainsi que plusieurs présidents de chambre et avocats généraux. Nous avons entendu au total une cinquantaine de personnes, magistrats, universitaires, représentants des avocats, des organisations professionnelles, directions des affaires juridiques de plusieurs ministères, etc.

Nous avons ainsi pu procéder à un tour d’horizon très complet de notre sujet, dans ses dimensions nationale et européenne.

Le rapporteur s’est attaché à poser un diagnostic précis sur le phénomène de judiciarisation de la vie publique, en évitant les caricatures et les jugements hâtifs. Il a ensuite envisagé un certain nombre de propositions, qu’il a choisi de présenter en trois catégories : les propositions qui consistent à mieux utiliser les outils existants ; les propositions d’outils nouveaux à mettre en place ; enfin, les « questions ouvertes » que la mission propose de mettre en débat, considérant qu’une concertation plus approfondie est nécessaire avant de trancher certains sujets.

Je vais céder la parole au rapporteur qui va nous présenter ses conclusions. Puis j’ouvrirai la discussion générale, au cours de laquelle vous pourrez proposer, si vous le souhaitez, des modifications du rapport, que nous mettrons en discussion. Enfin, je vous proposerai d’adopter les recommandations et d’autoriser la publication du rapport.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Un grand nombre de nos concitoyens ont le sentiment que leur vote n’a que peu de portée, car le pouvoir politique leur semble devenir impuissant. Les causes en sont multiples : la mondialisation, la complexité des sujets, une forme de fatigue démocratique et l’idée que le monde politique serait dépossédé d’une partie de ses prérogatives par les juges nationaux et européens.

Cette idée, dont nous allons mesurer la pertinence, s'inscrit dans un contexte délicat entre le monde politique et la justice en raison d'une situation de défiance réciproque qui n'est pas saine pour la société. Nous avons longtemps vécu dans un système normatif organisé autour de la loi. Ce n'est plus le cas aujourd'hui avec le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité, ce qui revient à dire que la France n'est plus « légicentrée », pour reprendre une formule de l'ancien vice-président du Conseil d'État, Bruno Lasserre. Si la France n'est plus légicentrée, cela a bien sûr des conséquences sur le rôle du Parlement.

Je vous présenterai un certain nombre de constats, largement documentés dans le projet de rapport : premièrement, il y a un renforcement évident du pouvoir juridictionnel ; deuxièmement, si ce phénomène existe, il ne doit pas non plus être surestimé, nous n'avons pas basculé vers un « gouvernement des juges » ; troisièmement, il exerce des effets ambivalents sur la démocratie.

Le premier constat est celui d'un incontestable renforcement du pouvoir juridictionnel : extension continue du contrôle du juge, renforcement de l'intensité de son contrôle, mise à disposition de nouveaux outils, je pense en particulier aux référés administratifs. Ces derniers ont surtout modifié la temporalité de l'action du juge : historiquement, le juge intervenait plusieurs mois, voire plusieurs années, après que le pouvoir exécutif a pris une décision ; par le biais du référé, il peut désormais intervenir dans les jours qui suivent. Il peut même intervenir en amont de l'action publique, par exemple en anticipant, dans le cadre d'une loi de programmation, sur une inexécution des engagements pris.

Les juges admettent assez généralement qu'ils ne sont plus simplement la « bouche » de la loi. Ils admettent aussi assez généralement qu'ils jouent un rôle dans la création de la norme. On parle de la fonction de « législateur interstitiel » du juge. On relève l'émergence d'un double contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, dont il résulte que l'énoncé de la loi est devenu précaire et révocable.

Tout cela dans un contexte de montée en puissance du droit international et européen. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est la gardienne des traités. Elle a aussi une mission intégratrice. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), elle est devenue l'arbitre des questions de société.

À cela, s'ajoute une tendance à la pénalisation de la vie publique assez marquée dans notre pays. J'y vois une conséquence du fait que la mise en cause de la responsabilité politique y est plus difficile qu'ailleurs.

Enfin, deux idées complémentaires dans ce constat sur le renforcement du pouvoir juridictionnel. Premièrement, on ne peut plus parler du juge, mais plutôt d'un système de juges articulé autour des cinq cours suprêmes : les deux cours européennes, nos deux cours nationales et

le Conseil constitutionnel, qui est clairement devenu une juridiction. Le tout, avec des renvois de compétences des uns vers les autres, ce qui fait la force de ce système. Deuxièmement, traditionnellement, en cas de désaccord avec le monde politique, il était possible de procéder à un « lit de justice », pour reprendre la formule du doyen Georges Vedel : par le biais soit de la révision de dispositions européennes, soit d'une révision constitutionnelle, le pouvoir politique pouvait imposer son point de vue. Un tel pouvoir est devenu assez largement virtuel, chacun ayant pu apprécier au cours de la période récente les difficultés à mener des révisions constitutionnelles. Quant à la révision des traités, il faut une unanimité européenne, inutile de vous dire combien l'exercice est contraignant...

Cependant, ce phénomène de montée en puissance du pouvoir juridictionnel ne doit pas être surestimé. Par exemple, dans la période de crise sanitaire que nous venons de vivre, le juge, qu'il soit constitutionnel ou administratif, a su tenir compte des circonstances exceptionnelles afin que l'exécutif puisse dérouler son action.

Si la pénalisation de notre vie politique peut parfois être spectaculaire, elle doit également être relativisée. La Cour de justice de la République n'a eu à se réunir qu'à sept reprises depuis 1993. Par ailleurs, le nombre de poursuites et de condamnations contre les élus locaux est plutôt à la baisse. En revanche, l'écho médiatique des poursuites pénales est important. Un certain nombre de perquisitions récentes dans le cadre de la crise sanitaire ont interpellé le monde politique.

Je terminerai mon constat avec l'idée que cette montée en puissance du pouvoir juridictionnel a des effets ambivalents sur notre démocratie.

Premier point à observer, c'est le législateur ou le pouvoir constituant qui ont voulu cette montée en puissance du pouvoir juridictionnel, qu'il s'agisse de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour le Conseil constitutionnel ou du référé liberté pour le juge administratif. *Idem* pour la place des traités et accords internationaux dans la hiérarchie des normes, prévue à l'article 55 de la Constitution.

Deuxième élément qui me conduit à ne pas surestimer le phénomène et à considérer qu'il correspond à une volonté du citoyen et non à une volonté du juge lui-même : ce ne sont pas les juges qui se saisissent, ce sont les citoyens qui saisissent le juge. Cette tendance s'inscrit dans un phénomène plus général de judiciarisation de la société. Elle est sans doute liée à des mutations sociologiques, mais elle est aussi un reflet de la crise démocratique qui conduit à une défiance du citoyen vis-à-vis du monde politique. Le juge vient combler cette forme de vide.

Il y aura certainement des excès à corriger. Nous vous ferons quelques propositions. Je vous proposerai, par exemple, dans le cadre des lois de programmation de nous montrer plus précis. Le législateur devra à

chaque fois se poser la question de ce qui est normatif et de ce qui ne l'est pas, afin d'éviter les mauvaises surprises ultérieures.

Il faut admettre que ce mouvement de judiciarisation amorcé par nos concitoyens est un mouvement européen. Dans le domaine de l'environnement, le jugement obtenu par l'Affaire du siècle ou l'arrêt Grande-Synthe font écho à l'affaire Urgenda aux Pays-Bas ou aux décisions prises par la Cour de Karlsruhe en Allemagne.

Après ces différents constats, j'en viens à nos propositions. Les unes sont des propositions générales et les autres des propositions thématiques.

Les propositions générales tournent autour de l'idée qu'il convient de répondre à cet affaiblissement du Parlement que nous déplorons tous. Moins le Parlement est présent et plus le juge l'est. L'exemple le plus caricatural est celui de l'état d'urgence : plus notre pays vit en situation d'état d'urgence, moins le Parlement est présent et plus le juge a d'autorité pour réguler, qu'il s'agisse du juge constitutionnel ou du juge administratif.

Il en va de même en matière de responsabilité politique : moins il y a de responsabilité politique, plus il y a de responsabilité au sens pénal du terme. En Allemagne, où la responsabilité politique est plus marquée, la responsabilité pénale dans le monde politique est un sujet inexistant alors qu'il est très présent en France.

Autre élément important au titre des propositions générales : la place du Parlement dans la fabrication de la norme européenne.

Les propositions thématiques, quant à elles, s'articuleront autour de deux sujets : la volonté de dialogue et le souhait que les juridictions exercent leur pouvoir avec retenue, qu'il s'agisse des cours européennes, de nos cours suprêmes nationales ou du Conseil constitutionnel.

Comme Cécile Cukierman l'a indiqué, je crois qu'il existe de nombreux outils que nous pourrions mieux utiliser même s'il en reste d'autres à créer. Par ailleurs, nous n'avons pas tranché un certain nombre de points, qui vous seront présentés comme des questions ouvertes.

Nos propositions générales ne vous surprendront pas. Elles tendent d'abord à l'amélioration de la qualité et de l'effectivité des textes. Le président de la commission des lois, François-Noël Buffet, s'est récemment exprimé dans *Le Monde* sur les moyens de réguler l'hyper inflation législative. L'un de ces moyens est de réaliser des études d'impact de meilleure qualité, c'est-à-dire des études plus approfondies, pour éviter de légiférer sous le coup de l'émotion. Nous proposons donc que le Conseil constitutionnel contrôle les études d'impact, cet objectif pouvant être atteint soit par une modification de sa jurisprudence, soit par la voie d'une révision constitutionnelle.

J'ai évoqué le fait pour le législateur de veiller à préciser dans les lois de programmation ce qui est normatif ou pas. Je défends également un

meilleur encadrement du recours aux ordonnances. Outre les mesures déjà défendues à ce sujet par nos collègues Philippe Bas et Jean-Pierre Sueur, je vous soumets une autre proposition : politiquement, elle a peu de chance d'aboutir, mais c'est une manière de prendre date en vue de futurs débats institutionnels. Comme il existe aujourd'hui un besoin de rééquilibrage entre l'exécutif et le législatif, je vous propose d'envisager une habilitation conjointe, ce qui signifie que l'habilitation à légiférer par ordonnance devrait être approuvée par l'Assemblée nationale et par le Sénat.

Il convient également que le législateur s'autorégule. À titre d'exemple, le Sénat a su s'autoréguler sur la question des demandes de rapport. Il importe d'élargir cette démarche à la créativité en matière d'infractions pénales. Notre pays compte actuellement un peu plus de 14 000 infractions dans son droit pénal.

M. Alain Richard. – Nous continuons à en produire.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Tout à fait ! Or un peu plus de 3 000 sont effectivement mises en œuvre. Il existe donc un besoin d'autorégulation.

Le groupe RDSE sera sensible à la proposition de permettre à des parlementaires d'agir en justice pour contester une disposition réglementaire. Les parlementaires ne peuvent, en tant que tels, agir par la voie d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Sur la fabrication de la norme européenne, l'idée est de travailler le plus en amont possible. Prenons l'exemple de deux décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne, sur le temps de travail des militaires et sur la conservation des données de connexion : on voit bien que le problème est avant tout franco-français. Il importe que nous soyons plus attentifs à ce que nos préoccupations soient prises en compte par le législateur européen.

Nous proposons également de valoriser la notion de « carton vert » : au lieu d'être en mode défensif, le Parlement doit se montrer proactif. Le Parlement doit pouvoir indiquer au législateur européen sur quel sujet travailler. Dans la mesure où cette proposition suppose une modification des traités, elle a peu de chance d'aboutir. Mais, et c'est ce qui explique que nous l'avancions tout de même, le Parlement européen fait pression pour obtenir un pouvoir d'initiative. Si l'on révisait un jour le Traité sur l'Union européenne en ce sens, il serait assez logique, en miroir, de donner aux parlements nationaux la possibilité de présenter leurs propres priorités.

Autre proposition, qui concerne directement le Parlement, c'est l'idée de recommandations annuelles ou d'un débat d'orientation. Cela se pratique dans les pays scandinaves et en Allemagne. Lorsque le Gouvernement danois va négocier à Bruxelles, il le fait sur la base d'un mandat qui lui a été donné par son Parlement. L'idée d'un mandat impératif n'est pas dans la culture française, qui est marquée par une déférence vis-à-

vis de l'exécutif, mais on pourrait imaginer un « mandat d'orientation ». Nous ne disposons pas aujourd'hui de ce type de mandat, même si la commission des affaires européennes adopte des résolutions.

Toujours dans l'idée que le contrôle du Parlement national se fasse le plus en amont possible, il importe de donner vie à l'article 12 du traité sur l'Union européenne, qui indique que les parlements nationaux contribuent au bon fonctionnement de l'Union européenne. En réalité, les parlements nationaux ne sont pas du tout associés à ce travail. Nous disposons pourtant de prérogatives en ce sens, mais nous ne les utilisons pas réellement. Notre commission des affaires européennes reçoit régulièrement des fiches de liaison pour présenter les textes qui seront examinés au niveau européen, mais elles ne sont pas communiquées aux autres commissions. Ces dernières disposent pourtant d'une expertise. Il serait bon, à mon sens, de faire évoluer les choses.

Le dernier élément que je vous proposerai pour renforcer le rôle du Parlement dans la fabrication de la norme européenne, au titre du contrôle de subsidiarité, est d'utiliser les pouvoirs tirés du traité et codifiés à l'article 88-6 de la Constitution, à savoir la possibilité d'agir en annulation devant la Cour de justice. Nous ne l'avons jamais fait. Or rien ne nous interdit de saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne si nous estimons qu'une disposition européenne viole le principe de subsidiarité ou la répartition des compétences entre le niveau national et le niveau européen. Ce serait une action symbolique, mais qui marquerait le retour à une implication plus forte du parlement national dans la fabrication de la règle européenne.

Les propositions thématiques, quant à elles, visent à créer de nouveaux espaces de dialogue entre les juges et le monde politique et la société civile, avec l'idée que l'indépendance n'interdit pas le dialogue. Nous ne sommes plus dans le système conçu par Montesquieu de séparation des pouvoirs, nous sommes dans un système beaucoup plus hybride d'interaction entre les institutions. Il existe une forme de confusion entre l'exécutif et une partie du législatif. De surcroît, le pouvoir juridictionnel est aussi très présent. Je ne crois pas qu'il y aura de retour en arrière ni qu'il faille en suggérer un. Ne remettons pas en cause l'État de droit, qui est un élément important de notre démocratie. Ce qui se passe aujourd'hui en Ukraine nous montre que ce bien est suffisamment précieux pour vouloir le préserver absolument. Nous sommes donc plutôt dans le registre du dialogue.

Le Conseil constitutionnel vient d'adopter un règlement intérieur pour les saisines a priori, qui prévoit la possibilité, lorsque soixante députés ou soixante sénateurs saisissent le Conseil constitutionnel, de désigner l'un des requérants pour venir expliquer à l'audience les éléments essentiels de cette saisine. Par ailleurs, les parlementaires qui ne sont pas à l'origine de la saisine peuvent adresser des contributions au Conseil constitutionnel. Même

idée pour la CEDH et la Cour de justice : il s'agit de pouvoir leur adresser des tierces interventions ou de participer à l'élaboration de la position défendue par la France.

Nous suggérons également que, de temps en temps, le Conseil d'État ou la Cour de cassation, voire les cours européennes, puissent considérer que les parlementaires ont un peu d'expertise. Les juristes appellent cela les *amicus curiae*. La Cour de cassation propose des procédures interactives ouvertes pour traiter les affaires les plus emblématiques, ce qui nous semble une excellente initiative. Les conseils de juridiction doivent être ouverts aux parlementaires et pourraient être institués au niveau national.

Deux suggestions complémentaires, nous proposons que les plus hauts magistrats présentent devant le Parlement leur rapport annuel et qu'ils évoquent les sujets qu'ils traiteront l'année suivante. C'est l'idée que le juge rende compte de son action. Cette initiative, respectueuse de son indépendance, est comparable à l'exercice auquel est soumis le président de la Cour des comptes. Il s'agit que nous puissions être informés et d'amorcer une forme de dialogue.

L'autre idée, c'est que nous n'avons peut-être pas mesuré l'importance du choix pour notre pays de son juge à la Cour de justice de l'Union européenne. La France désigne un juge et un avocat général pour neuf ans. Ces magistrats sont désignés par le Gouvernement à travers une procédure assez précise, qui nous convient. Nous ne demandons pas un vote comme pour les désignations au Conseil constitutionnel ou au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), mais nous proposons qu'il puisse y avoir un entretien entre les parlementaires et les trois candidats. Il s'agit, là aussi, d'instaurer un dialogue.

Nous avançons également l'idée que les magistrats s'autorégulent – c'est un sujet sensible – et qu'ils pratiquent une forme de retenue. Nous suggérons que les recommandations faites en septembre dernier au Président de la République par le Conseil supérieur de la magistrature sur la notion de responsabilité des magistrats soient rapidement mises en œuvre. Ce serait une première étape. Nous demandons également que le tronc commun qui sera proposé demain par l'Institut national du service public (INSP) puisse être ouvert aux magistrats judiciaires. Nous proposons de faire aboutir la révision constitutionnelle sur le statut du parquet en ce qui concerne l'avis conforme du CSM.

En ce qui concerne la pénalisation de la vie politique, nous faisons deux propositions : l'une concerne la réforme de la Cour de justice de la République, l'autre porte sur l'idée d'une responsabilité pénale de l'État. Aujourd'hui la Cour de justice de la République comprend une commission d'instruction, composée de hauts magistrats, et une commission des requêtes, composée de magistrats de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes. Or, dès qu'une requête passe le cap de cette

commission des requêtes, la machine médiatique se met immédiatement en action. Il nous paraît donc important que cette commission intègre pour moitié des parlementaires. En revanche, la présence de parlementaires au niveau de la formation de jugement de la Cour de justice nous semble plus discutable, car elle met en cause l'idée de l'indépendance de cette cour par rapport au monde politique.

Nous déplorons également que les jugements de la Cour de justice de la République ne puissent pas faire l'objet d'un appel et nous regrettons l'actuelle disjonction des procédures, les ministres étant jugés par la Cour tandis que leurs collaborateurs et la haute administration sont jugés par les juridictions de droit commun, dans une temporalité différente. Pour remédier à ces difficultés, nous suggérons de confier ce contentieux au tribunal judiciaire de Paris.

Enfin, nous proposons d'introduire une responsabilité pénale de l'État. Cette idée avait été envisagée voilà une douzaine d'années, mais elle n'avait pas été retenue.

Seules deux solutions peuvent être considérées pour que les ministres puissent travailler sereinement : soit nous réécrivons les dispositions relatives aux infractions non intentionnelles – je pense par exemple à la mise en danger de la vie d'autrui –, au risque que l'opinion publique crie à l'irresponsabilité des élus, soit nous introduisons la responsabilité pénale de la personne morale – ce qui est déjà le cas pour les personnes morales de droit privé, mais aussi pour les collectivités locales, dans certains cas spécifiques. Instaurer une responsabilité pénale de l'État répondrait à la demande de justice qu'expriment nos concitoyens, tout en dépassant la seule mise en cause d'une responsabilité individuelle à l'heure où les politiques publiques sont placées sous le signe du collectif.

En somme, nos propositions visent à préférer le dialogue au duel entre le monde politique et la justice ; cette formule pourrait figurer dans le titre de notre rapport.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie de cette présentation exhaustive. Vos propositions ne manqueront pas de nourrir le débat.

M. Alain Richard. – Je souscris à la plus grande partie du contenu du rapport et je tiens à souligner le caractère exhaustif du travail mené.

Je concentrerai mon propos sur un sujet de fond, largement abordé dans le rapport : la pénétration difficile des préoccupations régaliennes dans la production normative de l'Union européenne (UE).

L'histoire enseigne que l'UE est d'abord une union commerciale et économique. Malgré plusieurs évolutions institutionnelles, la Commission, qui produit l'essentiel de la législation européenne, n'a pas acquis une

véritable culture régaliennne. Les États n'ont sans doute pas été assez vigilants sur ce point.

À cet égard, deux sujets me préoccupent particulièrement. Premièrement, la législation et la jurisprudence européennes empêchent de mener une politique restrictive de contrôle de l'immigration. Deuxièmement, il est difficile de faire prévaloir des préoccupations impératives de sécurité nationale dans plusieurs champs de la législation.

J'approuve l'idée d'autodiscipline du législateur, en particulier en matière pénale : des dispositions que personne n'utilise sont produites de manière excessive. Le Gouvernement et le Parlement doivent, en outre, être attentifs au contenu des lois de programmation.

À la page 117, je propose que la phrase « les juges semblent souvent s'ignorer, voire se méfier les uns des autres » soit rectifiée, car c'est une formule trop rapide.

Philippe Bonnacarrère a évoqué la pénalisation de la vie politique. Je pense que la mise en cause spectaculaire des décideurs politiques devrait figurer dans le rapport. Or notre droit prévoit des sanctions contre les recours abusifs. Pourtant, celles-ci sont rarissimes. Le rapport annuel des juridictions suprêmes pourrait mentionner leur nombre en comparaison du nombre considérable des requêtes rejetées.

J'exprime un doute sur la proposition relative au jugement des ministres. Je ne suis pas sûr que la suppression de la Cour de justice de la République au profit des juridictions de droit commun, prévue dans la proposition de révision constitutionnelle de 2019, soit une bonne idée. En tout cas, je ne suis pas favorable à ce que cette procédure spéciale comporte un double degré de juridiction : donner la possibilité d'un jugement en première instance, puis en appel et enfin en cassation revient à donner une prime aux perturbateurs.

Je ne souscris pas à la position du rapporteur lorsqu'il estime qu'il n'existe plus de véritable séparation des pouvoirs. Cela me semble constituer une mauvaise interprétation de cette notion. Tous les constitutionnalistes s'accordent à reconnaître que la séparation des pouvoirs peut être radicale ou fondée sur la collaboration. Tous les régimes parlementaires - dont le nôtre - sont fondés sur la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. Toutefois, ils doivent collaborer.

Le système majoritaire existe partout - nous venons de le constater chez nos amis allemands lors de la formation de la coalition aujourd'hui au pouvoir. Il règne une collaboration permanente entre la majorité et le Gouvernement, qui n'exclut ni la discussion ni le contrôle. Or vous considérez implicitement que la majorité est toujours docile vis-à-vis du pouvoir exécutif. Cette description ne correspond pas à la réalité. Posez la question à François Hollande : le dialogue est actif entre une majorité et le gouvernement qu'elle soutient !

M. Jean-Yves Leconte. – Je tiens à saluer la manière dont Cécile Cukierman a assuré la présidence ainsi que la grande qualité du travail du rapporteur Philippe Bonnacarrère sur ce sujet important.

Globalement, je souscris à l'esprit et aux orientations du rapport. Toutefois, je serai plus critique sur une architecture qui semble vouloir répondre à la question suivante : vivons-nous sous un gouvernement des juges ? Cette question étant porteuse de deux sous-entendus : d'une part, celui de l'affaiblissement du pouvoir des politiques, des élus, et de la démocratie, et de l'autre que le réel pouvoir serait ailleurs. Or, ce n'est pas l'esprit de ce rapport, qui aborde en réalité deux sujets très différents, traités d'ailleurs séparément par le rapporteur – dans le corps du texte du rapport – et évoqués également par Alain Richard : d'une part, la judiciarisation des décisions politiques et la responsabilité pénale des élus, et, d'autre part, les contraintes induites dans la production de la loi par le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, que certains semblent découvrir. Or nous nous sommes imposés ces contraintes de manière souveraine. Ces deux sujets mériteraient d'être abordés différemment, car les traiter ensemble revient à donner du crédit à la théorie du « gouvernement des juges ».

De même, certains passages sont étonnants. Le rapport souligne la nécessité « d'exercer le pouvoir juridictionnel avec retenue » : cela revient donc à supposer que ce ne serait pas le cas, ce qui est particulièrement contestable. Ainsi, j'ai été choqué par les déclarations du candidat proposé par le président Larcher au Conseil constitutionnel, lequel affirmait que la valeur constitutionnelle du principe de fraternité aurait dû être renvoyée devant le constituant, citation d'ailleurs reprise dans le rapport. Or, le Conseil et ses membres doivent accomplir leur contrôle en se fondant sur la Constitution ; ils ne peuvent se dérober en sous-entendant que le constituant n'aurait pas été assez clair.

À la page 19 du rapport, il est indiqué que « la mission est arrivée à la conclusion que les juridictions exercent bien un pouvoir et qu'elles tranchent des questions de nature politique ». Cette formulation est à mon avis un peu rapide.

J'en viens aux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Le rapport fait référence aux analyses de Jean-Éric Schœttl, qui estime que « l'équilibre entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est en passe d'être rompu au bénéfice du pouvoir du juge qui s'étendrait au point d'empiéter sur le pouvoir du politique ». Monsieur le rapporteur, vous modérez heureusement cette affirmation, en reprenant la réflexion de Bertrand Matthieu : « cette évolution peut entraîner un affaiblissement du pouvoir législatif, mais elle traduit aussi un approfondissement de l'État de droit ». Il est essentiel de le rappeler.

Tant la Constitution que les conventions internationales ont été souverainement approuvées par le constituant ou par le législateur. En affirmant que des contraintes extérieures entraveraient le pouvoir du législateur, on oublie ces éléments essentiels et cela nourrit le populisme ; les citoyens doutent alors de la capacité des élections à pouvoir changer les choses sur le long terme.

Bien sûr, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devraient travailler harmonieusement. Toutefois, je souscris pleinement à l'analyse du rapporteur : la corrélation, tant sur le plan électoral que dans leur mode d'action, entre le Gouvernement et l'Assemblée nationale ouvre une brèche dans la séparation des pouvoirs - au moins depuis 2002. Des évolutions institutionnelles pourraient être utiles. Ainsi, la proposition formulée par le rapporteur de prévoir un vote conforme des deux assemblées pour les habilitations à légiférer par ordonnance est une très bonne idée.

Je salue également l'idée d'un espace de dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel. Je me réjouis, par ailleurs, de la récente adoption d'un règlement au sein du Conseil pour les saisines a priori.

Alain Richard rappelle que la compétence initiale de l'Union européenne ne la conduisait pas à traiter des sujets régaliens. Or nous aboutissons aujourd'hui à un paradoxe : en refusant de les inscrire dans les compétences de l'UE, on affaiblit la place des questions régaliennes puisque la CJUE statue exclusivement sur la base des compétences et principes de l'Union. Ainsi, que ce soit sur le temps de travail des militaires, ou sur la conservation des données de connexion, il est reproché à la CJUE de ne pas tenir compte de contraintes qui ne sont pourtant pas de son ressort. Dans un autre domaine, concernant une décision de la Commission, ont été formulées des critiques de même nature et ce à l'occasion du projet de fusion d'Alstom et Siemens. En effet, nombreux sont celles et ceux qui ont regretté cette décision de la Commission, alors qu'il ne s'agissait pourtant pas d'une décision politique, mais bien d'une application du droit de l'Union, et donc d'une décision juridique, - celle-ci s'étant fondée sur les traités -. Si l'on souhaite que la Commission prenne des décisions politiques, nous devrions donc faire évoluer les traités. C'est parce que l'Union évolue, et qu'elle est selon les traités « une Union sans cesse plus étroite », que ces questions deviennent de plus en plus sensibles. Lors de nos travaux portant sur l'État de droit, nous avons constaté que des frictions sont susceptibles d'apparaître entre l'identité constitutionnelle de chaque État membre et le droit de l'Union européenne. Celles-ci doivent être gérées de manière pragmatique.

Par ailleurs, le rapport indique que la Cour européenne des droits de l'Homme arbitre des questions de société. Pour ma part, je considère plutôt que celle-ci tranche des questions juridiques et des sujets de protection des droits fondamentaux, pour lesquels les politiques et les évolutions législatives n'ont pas suivi les évolutions de la société, en matière de bioéthique notamment. Comme les parlements sont plutôt réactionnaires sur

les questions de société, les citoyens saisissent la justice pour faire reconnaître et défendre leurs droits. C'est bien l'attitude des parlements, en retrait par rapport aux évolutions de la société, qui conduit à cette situation. Il en va de même pour les choix du législateur en matière migratoire – vous estimez ceux-ci contraints. Mais on peut aussi considérer que le problème vient plutôt du fait que le législateur y fait preuve d'audace en matière de non-respect du droit des personnes !

Enfin, je souscris à vos remarques sur le « carton vert », qui donnerait plus d'influence aux commissions des affaires européennes des parlements nationaux. Des moyens plus importants devraient leur être accordés pour qu'elles puissent traiter l'ensemble des questions relatives à la subsidiarité et au suivi de la construction du droit dérivé. Trop souvent, elles n'exercent cette mission que de manière très partielle, faute de disposer des moyens nécessaires.

De manière générale, je souscris donc à l'esprit de ce rapport. Toutefois, je souhaiterais que la proposition n° 12, actuellement ainsi rédigée : « Avoir toujours en tête, sans avoir à le dire, que l'identité constitutionnelle de la France définie par le Conseil constitutionnel est « l'arme de dissuasion » dans le dialogue mené avec l'Union européenne sur le « qui a le dernier mot ? », soit supprimée. Puisque cela va sans le dire, alors ne le disons pas !

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Monsieur Richard, nous allons rédiger la phrase figurant à la page 117 dans l'esprit que vous avez évoqué, à savoir une absence de méfiance envers les juges. Je suis également d'accord pour mesurer avec nos juridictions la part des recours abusifs qui donnent lieu à des sanctions.

Nous avons fait preuve de prudence au sujet de la responsabilité des ministres et avons formulé non pas une proposition, mais une suggestion sous forme de question ouverte.

Nous ne souhaitons pas la disparition de la séparation des pouvoirs. Nous plaidons en faveur de leur interconnexion – j'ai parlé de « pouvoirs hybrides ».

Je reconnais que les préoccupations régaliennes pénètrent difficilement dans la norme européenne. Certes, ce problème existe au niveau de la Commission, mais aussi au sein de la Cour de justice de l'Union européenne, qui, dans les années soixante, a accompli un effort immense en faveur de la construction du marché unique. Son travail est marqué par le respect du droit des consommateurs. Cette difficulté est réapparue lors de l'examen de la directive relative au temps de travail, alors que notre préoccupation est différente. Son appréciation est peut-être trop technique.

La décision du Conseil constitutionnel relative au principe de fraternité aurait mérité une explication devant le Parlement. Lors de sa présentation devant la commission des lois, François Sénors a évoqué cette

question en soulignant qu'un mot d'une devise ne constituait pas un principe juridique. Les décisions du Conseil sont souvent lues partiellement : certes, le principe de fraternité a fait obstacle au maintien de l'incrimination relative à l'aide à la circulation des étrangers sans titre, mais le Conseil constitutionnel a maintenu l'infraction tendant à favoriser l'entrée illégale sur le territoire. Le dialogue entre le Conseil et le Parlement est nécessaire.

L'identité constitutionnelle de la France représente un sujet considérable. Monsieur Leconte, je suppose que vous êtes favorable à une Europe fédérale. Or elle ne l'est pas aujourd'hui : dès lors, le sujet de l'identité constitutionnelle prend tout son sens. Nous devons favoriser le dialogue entre nos plus hautes juridictions et la CJUE. Tel est le sens de notre proposition n° 12 : c'est la seule ligne rouge existant aujourd'hui entre la primauté du droit européen et le respect de la souveraineté nationale. Nous rejoignons la prudence du Conseil constitutionnel, qui n'a pas défini l'identité constitutionnelle de la France. Il se contente d'utiliser cette notion de manière défensive, contrairement à la cour constitutionnelle allemande. Nous n'avons pas eu la prétention de vouloir trancher cette question.

M. Jean-Yves Leconte. - Les tribunaux constitutionnels sont légitimes sur ces sujets. Bien souvent, leur action a été utile à la construction européenne.

En conservant la rédaction actuelle, vous inscririez vos pas dans ceux du ministre polonais de la justice, qui considère que chaque cour constitutionnelle est en droit de faire valoir son point de vue dès que cela lui semble nécessaire. Ce sujet mérite le dialogue. Si vous souhaitez que le rapport soit en accord avec le titre que vous proposez, il convient de retirer la proposition n° 12.

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Je propose que nous votions sur l'ensemble des propositions.

Je suggère une petite rectification à la proposition n° 14 pour nous mettre en conformité avec la position adoptée par le Sénat : « donner à certains parlementaires un intérêt à agir en excès de pouvoir contre certains actes réglementaires pour renforcer le contrôle par le Parlement de l'application des lois. », et non pas « donner aux parlementaires ».

Monsieur le rapporteur, quel est votre avis au sujet de la proposition n° 12, après les remarques de M. Leconte ?

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. - Monsieur Leconte, je vous suggère la rédaction suivante pour la proposition n° 12 : « avoir toujours en tête, sans avoir à le dire, que la notion d'identité constitutionnelle de la France est un élément essentiel dans le dialogue mené avec l'Union européenne » afin d'éviter ce que vous redoutez, à savoir la définition de l'identité constitutionnelle de manière chaotique par chaque cour. Nous nous débarrassons ainsi de toute tentation polonaise.

M. Jean-Yves Leconte. – Cela me convient parfaitement.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Compte tenu de ces modifications, y a-t-il d'autres observations ? Je n'en vois pas. Nous allons maintenant procéder à l'adoption du rapport. Avant cela, monsieur le rapporteur, quel titre proposez-vous pour le rapport ?

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Je vous propose le titre suivant : « Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel ». Je précise que la paternité de cette formule revient à François Molins.

La liste des recommandations, ainsi modifiée, est adoptée à l'unanimité et la mission d'information autorise la publication du rapport.

RÉUNION CONSTITUTIVE

(Mercredi 15 décembre 2021)

- Présidence de M. Alain Richard, président d'âge -

M. Alain Richard, président. – Mes chers collègues, il me revient d'ouvrir la réunion constitutive de la mission d'information qui va travailler sur le thème suivant : « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? ».

Cette mission d'information est constituée à la demande du groupe de l'Union Centriste, en application du droit de tirage prévu par l'article 6 *bis* du Règlement du Sénat. Les 23 membres de la mission ont été nommés, sur proposition de l'ensemble des groupes politiques, lors de la séance publique du 1^{er} décembre dernier.

Nous devons maintenant constituer le Bureau de la mission, puis nous pourrions procéder à un premier échange de vues.

Il nous faut d'abord désigner le président de la mission. J'ai reçu la candidature de notre collègue Cécile Cukierman.

La mission d'information procède à la désignation de sa présidente, Mme Cécile Cukierman.

- Présidence de Mme Cécile Cukierman, présidente -

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Mes chers collègues, je vous remercie de la confiance que vous m'accordez pour présider notre mission d'information.

Avant de vous donner quelques indications sur le déroulement de nos travaux, je vous propose de procéder à la désignation des autres membres du Bureau de la mission.

Comme l'indique l'article 6 *bis* du Règlement du Sénat, le groupe à l'origine de la demande obtient de droit, s'il le demande, le poste de rapporteur pour l'un de ses membres. Pour le poste de rapporteur, le groupe de l'Union Centriste, qui est à l'origine de la mission, propose le nom de notre collègue Philippe Bonnecarrère.

La mission d'information procède à la désignation de son rapporteur, M. Philippe Bonnecarrère.

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Nous allons maintenant désigner les vice-présidents et les secrétaires de notre mission d'information.

Afin que soient respectés les équilibres politiques, le groupe Les Républicains peut désigner deux vice-présidents et un secrétaire ; le groupe Socialiste, Écologiste et Républicain, deux vice-présidents ; le groupe de l'Union Centriste, un secrétaire, en plus du poste de rapporteur. Les autres groupes seront représentés par un vice-président.

J'ai été saisi des candidatures suivantes : pour Les Républicains, Mme Agnès Canayer et M. Stéphane Le Rudulier, pour les postes de vice-président, et Mme Elsa Schalck, pour celui de secrétaire ; pour le groupe Socialiste, Écologiste et Républicain, Mme Marie-Pierre de La Gontrie et M. Jean-Yves Leconte, pour les deux postes de vice-président ; pour le groupe de l'Union Centriste, Mme Dominique Vérien, pour le poste de secrétaire ; pour le groupe Rassemblement des démocrates, progressistes et indépendants, M. Alain Richard, pour le poste de vice-président ; pour le groupe du Rassemblement Démocratique et Social Européen, M. Jean-Yves Roux, pour le poste de vice-président ; pour le groupe Les Indépendants - République et Territoires, M. Franck Menonville, pour le poste de vice-président ; enfin, pour le groupe Écologiste - Solidarité et Territoires, Mme Mélanie Vogel, pour le poste de vice-président.

Le Bureau est ainsi constitué.

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Je vais maintenant laisser la parole à M. le rapporteur, qui va nous donner de premières indications concernant les questions qu'il souhaite aborder au cours de la mission, puis nous pourrions procéder à un premier tour de table.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. - Mes chers collègues, avant d'évoquer ce que pourrait être cette mission, je veux indiquer ce qu'elle ne devrait pas être.

L'objet de la mission n'est pas de remettre en cause l'État de droit - nous sommes tous désireux de l'approfondir - ni la primauté du droit international et européen sur la législation française, pas plus que de se lancer dans la dénonciation d'un « gouvernement des juges », comme peut quelquefois le faire la presse.

Sauf avis contraire de votre part, je ne pense pas que l'objet de cette mission soit de proposer une énième révision constitutionnelle.

Il s'agit bien plutôt de rechercher, dans le cadre de notre système actuel, les éléments de régulation qui pourraient être proposés dans l'équilibre des pouvoirs et leurs conséquences sur les politiques publiques. La mission pourrait ainsi se pencher d'abord sur la production de la norme, afin d'évaluer la place prise dans celle-ci par les juridictions nationales et européennes, et ses conséquences sur le rôle du Parlement et sur la légitimité démocratique de la décision publique.

La Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel, depuis 1971, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) énoncent des principes, parfois dégagés à partir de textes rédigés dans des termes très généraux, qui leur laissent une grande marge d'interprétation.

D'abord cantonnée au fonctionnement du marché commun, la CJUE prend maintenant des décisions dans le champ régalién - nous avons beaucoup discuté, en commission des lois et en commission des affaires européennes, du temps de travail des militaires par exemple. La CEDH est devenue l'arbitre dans le champ « sociétal ». Les juges nationaux trouvent une légitimité renforcée en s'appuyant sur la jurisprudence des cours européennes.

J'illustrerai ce point en rappelant dans quel contexte le législateur est intervenu sur la question des conditions indignes de détention : il y a successivement eu un arrêt de la CEDH, une décision de la Cour de cassation, puis une décision du Conseil constitutionnel obligeant le législateur à changer le code de procédure pénale. À partir de cette « verticale judiciaire », si vous m'autorisez cette expression, la commission des lois a élaboré le texte venant régir ces dispositions.

Si la CJUE affirme la primauté du droit européen sur les droits nationaux, certaines cours constitutionnelles se veulent les gardiennes de l'identité constitutionnelle des États membres et entendent contrôler que les institutions de l'UE n'excèdent pas leur champ de compétences. Il y a là un sujet d'importance, que nous serons peut-être amenés à développer un peu plus largement. Qui décide *in fine* ? Que recouvre la notion d'identité constitutionnelle de la France ? Quelle en est la portée juridique ? Qui la définit ? Est-ce le Conseil constitutionnel ? Est-ce le Parlement ?

Dans le cadre de la production de la norme par les juridictions, le sujet de la subsidiarité, qui se pose pour l'ensemble des processus de décision européens, est aussi important. Répondant à Public Sénat, j'ai indiqué que le Sénat pourrait être « une chambre de subsidiarité ». La formule était un peu malheureuse : je voulais parler d'« une chambre du contrôle de la subsidiarité ».

La question du travail parlementaire pour traiter le plus efficacement possible de la subsidiarité reste encore ouverte. À ce jour, par exemple, aucun parlement des pays membres de l'Union européenne n'a utilisé la faculté qui figure, en France, à l'article 88-6 de la Constitution, à savoir la possibilité pour les chambres du Parlement de saisir la Cour de justice de l'Union européenne pour contester une décision, un règlement ou une directive, au motif d'une absence de subsidiarité. Le travail sénatorial se trouverait valorisé si notre Haute Assemblée, outre son rôle classique de représentation des territoires, exerçait un contrôle de subsidiarité encore plus approfondi.

Je reviens à la manière dont les tribunaux produisent aujourd'hui la norme juridique, avec la question du contrôle de proportionnalité. Aujourd'hui, non seulement les juridictions interprètent les règles juridiques – c'est leur métier et leur vocation traditionnelle –, mais elles estiment, pour des raisons que l'on peut assez aisément comprendre, qu'il est de leur responsabilité d'apprécier la proportionnalité des mesures au regard des dispositions législatives. Cela aboutit à des conséquences qui ne sont pas négligeables.

Je citerai l'exemple de deux arrêts rendus par le Conseil d'État, en lien avec l'actualité récente. Dans l'« affaire Grande-Synthe », le Conseil d'État a jugé que notre pays ne mettait pas en place assez rapidement les mesures liées à l'accord de Paris sur le climat ; il a sanctionné l'État, prononçant à son encontre une mesure d'astreinte. Dans un autre arrêt, le Conseil d'État a considéré que la situation économique ne permettait pas de mettre en place la nouvelle convention d'indemnisation du chômage, reprochant en quelque sorte à l'exécutif de mettre en œuvre trop rapidement la réforme. Ces deux exemples montrent qu'aujourd'hui les juridictions ne s'attachent plus simplement à une définition classique du critère de légalité : elles estiment avoir compétence pour déterminer le rythme des réformes.

J'en viens assez naturellement au sujet de l'impact de la judiciarisation sur l'efficacité de l'action publique. La multiplication des contraintes juridiques, avec ce qu'elle représente de progrès et d'exigence en matière d'État de droit, la protection toujours plus exigeante des droits et libertés individuels ont comme conséquence de réduire les marges de manœuvre du pouvoir politique et, par là même, sa capacité à continuer à porter l'intérêt général. Cela peut aussi être un facteur du défaut de confiance de l'opinion publique à l'égard du monde politique, de l'exécutif et du Parlement.

Je veux ajouter à ces éléments de diagnostic la pénalisation de la vie publique, qui est un constat partagé.

Comme je vous l'ai indiqué en préambule, l'objet de mon propos n'est pas de dénoncer un quelconque « gouvernement des juges ». En revanche, je m'interroge sur la manière dont cette pénalisation de la vie publique se met en œuvre. Tous les passionnés du droit ici présents conviendront qu'il est assez original que nous passions d'un système où l'on jugeait des actes du monde politique – c'est le rôle traditionnel du Conseil d'État – à un système où l'on juge des actes des acteurs politiques, mais également de leur personne, à travers la pénalisation. On juge leur intention ou leur défaut d'intention. Il en va notamment ainsi avec le délit de mise en danger de la vie d'autrui.

Cette combinaison d'éléments est à l'origine d'une certaine forme d'incertitude.

Il faut évidemment travailler sur les pistes de solution. Dans beaucoup de domaines, des possibilités d'action existent, sans être forcément utilisées. J'ai cité, par exemple, l'article 88-6 de la Constitution, s'agissant du respect du principe de subsidiarité. Le Parlement n'a jamais utilisé cette prérogative importante. Je peux également citer la possibilité que pourrait avoir notre assemblée – de fait, c'est le rôle du Parlement qui sera au cœur de nos raisonnements – d'être partie prenante ou d'exprimer son point de vue sur des questions importantes traitées par la CJUE.

La commission des lois m'a confié la mission de suivre plus particulièrement les questions d'asile et de migration. En cette qualité, je me suis aperçu que la Défenseure des droits était présente dans quasiment tous les contentieux portés devant la CEDH concernant ces sujets – c'était déjà le cas de son prédécesseur depuis une quinzaine d'années. Elle vient y exprimer son point de vue d'autorité administrative indépendante, distinct de celui que défend l'exécutif. Pourquoi le Parlement n'exprimerait-il pas lui aussi son point de vue lorsqu'il estime qu'il y a un sujet d'importance qui va faire l'objet d'un arrêt de principe ?

De même, en matière de contrôle de constitutionnalité, je n'ai pas connaissance que notre assemblée, *via* les rapporteurs ou les groupes politiques, utilise ce que l'on appelle le mécanisme de « porte étroite », qui permet de porter au Conseil constitutionnel des conclusions, des avis et des observations.

Il est du reste assez curieux que le travail de rapporteur s'arrête avec l'examen du texte en séance publique et que nous ne participions pas, entre l'adoption en séance et la promulgation, au contrôle de constitutionnalité – nous partons peut-être du principe que le Conseil constitutionnel suit nos débats dans le détail sur Public Sénat... Il pourrait être envisagé que nous intervenions par cette voie.

Je ne reviens pas sur les questions d'identité constitutionnelle. Vous comprenez que, à travers tous ces sujets, c'est bien évidemment la position et le rôle du Parlement qui sont en jeu. Nous dénonçons souvent, au Sénat, le déséquilibre des institutions au profit de l'exécutif et au préjudice du Parlement. Force est de constater d'autres formes de déséquilibre : le rôle du Parlement se trouve modifié par l'importance de l'action des règles de droit qui sont façonnées, voire créées par les différentes juridictions.

Pour conclure, j'espère que nous serons en mesure de faire des propositions qui permettront de favoriser le dialogue avec les juges. On fait souvent référence au dialogue des juges, entre le Conseil d'État et la Cour de cassation ou entre les cours constitutionnelles européennes. Je vous proposerai, pour ma part, de rechercher les conditions d'un meilleur dialogue entre les juges et la société civile, ainsi qu'entre les juges et le Parlement.

Je suis extrêmement étonné de la méfiance réciproque entre juges et monde politique. Je n'arrive pas à comprendre comment nous en sommes arrivés là. Quoi qu'il en soit, cette situation me semble malsaine et il ne me paraît pas inintéressant d'essayer de travailler, encore une fois à droit constant – j'y insiste, il ne s'agit pas de renverser la table –, à de meilleurs équilibres, à de meilleures régulations, de manière à pouvoir faire des propositions.

Parmi les différents sujets évoqués, certains s'avéreront probablement moins productifs que d'autres ; d'aucuns se révéleront même des impasses. Peut-être proposerez-vous d'autres sujets d'attention, mes chers collègues. Je vous remercie d'être force de proposition pour nous accompagner dans cet exercice. Je ne doute pas, madame la présidente, que vous y veillerez.

M. Philippe Bas. – Je remercie notre rapporteur. Il a déjà si bien étudié la question que je me demande en l'écoutant si son rapport n'est pas déjà prêt... J'ai trouvé son exposé très intéressant et je souscris sans réserve à la plupart des éléments qu'il a développés.

Changer le droit, ce n'est pas forcément mettre l'État par terre. Cela peut aussi être un moyen de le rétablir quand il est affaibli. Je ne vois pas pourquoi nous nous interdirions par avance toute évolution juridique, notamment constitutionnelle, importante. Certes, nous ne devons pas partir du postulat qu'il faut absolument réviser la Constitution ou changer un certain nombre de lois organiques ou ordinaires, mais il ne faut pas non plus s'interdire de le faire.

Comme vous l'avez décrit, nous sommes aujourd'hui dans une situation très tendue, parfois même critique. Si le droit pénal n'a pas été inventé pour contrôler l'action publique, il sert de plus en plus à le faire. Cela pose d'autant plus de problèmes que notre tradition en matière de contrôle juridictionnel des actes de l'administration est solidement établie : elle trouve son fondement dans la loi des 16 et 24 août 1790, dont certains éléments ont déjà été reconnus par le Conseil constitutionnel comme faisant partie intégrante des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

L'utilisation du droit pénal pour contrôler l'action publique et son bien-fondé constitue une perturbation majeure pour notre ordre juridique solidement établi et inscrit dans notre tradition républicaine.

Par conséquent, il me semble que, si nous voulons être utiles, il ne faut *a priori* rien s'interdire. Laissons le débat ouvert jusqu'à ce que nous décidions de le clore. Ne décidons pas à l'avance de le fermer.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous ferons nôtres les propos de Philippe Bas : nous ne nous interdirons rien.

Concernant le calendrier, nous vous proposons que le rapport de la mission soit adopté à la fin du mois de mars, qui, en 2022, précédera l'échéance de l'élection présidentielle.

L'idée de cette mission est bien évidemment de contribuer à la réflexion collective. Ses travaux ne doivent pas être instrumentalisés à des fins populistes, risque qui pourrait s'accroître au cours des prochaines semaines. Notre rapport ne doit rien s'interdire, mais nous devons toujours demeurer très constructifs.

Nous ne faisons pas des rapports pour nous-mêmes, loin s'en faut. Cependant, le législateur doit réfléchir à qui fait quoi. Dans cette période politique un peu trouble, nous devons nous demander qui doit faire la loi, qui doit la contrôler, qui doit animer la vie politique de la République. Nous devons réfléchir à la complémentarité des rôles de chacun, dans le respect de la séparation des pouvoirs. C'est en tout cas l'un des défis de notre mission.

Nous devons mener nos auditions et effectuer nos éventuels déplacements - si la situation sanitaire le permet - à un rythme assez soutenu en janvier et février. Outre des auditions plénières, des auditions du rapporteur seront ouvertes à l'ensemble des membres de la mission. Nous vous adresserons rapidement un calendrier prévisionnel des auditions, sachant que nous nous réunirions à un rythme hebdomadaire.

Je serai amenée à réunir les membres du bureau en début d'année prochaine, afin d'affiner les différentes pistes de travail ainsi que la liste des auditions et déplacements envisagés. Je vous invite d'ores-et-déjà à y réfléchir, tout en veillant, si nous voulons tenir le calendrier, à ce que le rapport ne déborde pas trop du cadre esquissé par le rapporteur.

COMPTES RENDUS DES AUDITIONS DE LA MISSION D'INFORMATION

Audition de M. Pierre Steinmetz ancien membre du Conseil constitutionnel

(Mardi 4 janvier 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Monsieur Steinmetz, nous avons le plaisir de vous accueillir pour cette première audition. Vous avez publié récemment une tribune dans la presse qui a retenu notre attention. Vous y évoquez un pouvoir juridictionnel, notamment européen, qui se serait affranchi de tout contrôle et vous regrettez que l'équilibre entre pouvoir législatif, exécutif et judiciaire soit aujourd'hui compromis.

Vos analyses s'appuient sur votre riche expérience de grand serviteur de l'État : vous avez notamment occupé plusieurs postes de préfet, vous avez été directeur général de la gendarmerie nationale, directeur de cabinet du Premier ministre et vous avez siégé au Conseil constitutionnel de 2004 à 2013.

Je vous cède la parole pour une intervention liminaire, puis je donnerai la parole au rapporteur et à ceux de nos collègues qui le souhaiteront.

M. Pierre Steinmetz, ancien membre du Conseil constitutionnel. – Vous m'avez interrogé par écrit sur la notion d'État de droit. Pour moi, il s'agit d'un État où les rapports entre les institutions et les individus sont régis par les règles de droit et où chacun s'oblige à les respecter, y compris l'État ou les autres autorités qui sont à l'origine de ces règles. Pour simplifier, c'est le contraire de l'arbitraire.

L'État de droit ne se confond en aucun cas avec les droits de l'homme, même si l'État de droit conditionne l'existence de ces derniers : sans État de droit, les libertés individuelles et la régularité des processus institutionnels ne sont pas garanties.

Quant aux droits de l'homme, ils sont souvent considérés comme universels, car inhérents à la personne humaine. En réalité, ils restent tout de même attachés à un contexte temporel et géographique donné.

La garantie de l'État démocratique repose sur la séparation des pouvoirs, sans laquelle il n'y a pas de Constitution selon la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Bien évidemment, cette séparation est une illusion. Du pouvoir réglementaire autonome jusqu'à la nécessaire interprétation jurisprudentielle des lois, il ne peut y avoir de séparation stricte. Toutefois, un équilibre s'est établi au fil du temps, qui me semble

aujourd'hui en passe d'être rompu, au détriment des pouvoirs législatif et exécutif.

S'agissant du pouvoir législatif, le premier pas vers cette rupture a été effectué en 1971, lorsque le Conseil constitutionnel a décidé d'effectuer son contrôle de constitutionnalité non seulement au regard du texte de la Constitution, mais également de son préambule, qui comprend aujourd'hui la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement. En incluant ainsi dans son contrôle des principes extrêmement généraux, le Conseil constitutionnel est passé d'un contrôle de régularité, portant sur les procédures, à un contrôle de fond, portant sur le contenu.

Une deuxième étape a été franchie en 1975, quand le Conseil constitutionnel a renvoyé le contrôle de conventionnalité des lois aux juridictions administratives et judiciaires. Depuis les arrêts Jacques Vabre et Nicolo, les tribunaux peuvent donc écarter l'application d'une loi en se fondant sur les traités internationaux. Le pouvoir politique a donc perdu la capacité d'avoir le dernier mot en modifiant la loi ou la Constitution, et le pouvoir juridictionnel est désormais pourvu d'une légitimité propre relevant des traités et des tribunaux internationaux chargés de les interpréter. Certes, en théorie, le pouvoir politique européen existe, mais quand 27 États doivent se mettre d'accord, c'est une autre histoire...

La primauté absolue du droit européen et de sa jurisprudence a certes été affirmée dès l'arrêt Costa contre ENEL en 1964, mais, depuis, les compétences de l'Union européenne se sont considérablement étendues, notamment avec la disparition des piliers, et, depuis le traité de Lisbonne, la Charte européenne des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme ont été intégrées à l'ordre juridique européen.

Nous avons donc cinq cours suprêmes - Conseil d'État, Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) - qui interprètent peu ou prou le même corpus juridique. Si l'on ajoute que chacune de ces cours entend être un peu plus suprême et un peu plus gardienne des droits que les autres, on obtient un phénomène d'entraînement, pour ne pas dire de surenchère, qui devient extrêmement contraignant.

Les droits sont ainsi devenus l'instrument de dépossession du pouvoir politique au bénéfice du pouvoir juridictionnel. L'opposition entre ces pouvoirs est certes très ancienne, mais, dans un cadre national, le pouvoir politique peut changer la règle, ce qui est beaucoup plus difficile quand le fondement devient international.

Nous avons donc deux crises potentiellement majeures qui sont en train d'apparaître au sujet de l'interprétation de la norme applicable.

La première se déroule entre les États et la CJUE. Nous l'avons vu par exemple avec le cas des « soldates » allemandes : la Constitution

allemande prévoyait que les femmes ne pouvaient pas être employées dans une unité combattante, et la défense ne faisait pas partie des compétences européennes. La CJUE a pourtant estimé qu'elle devait faire prévaloir dans ce cas le principe de libre concurrence sur le marché du travail. Je peux citer aussi le cas de la France et de la conservation des données numériques intéressant la sécurité nationale.

La seconde se noue entre les cours suprêmes nationales et la CJUE. On le voit très clairement à travers l'opposition entre la Cour de Karlsruhe et la CJUE sur la politique monétaire.

La question est très bien résumée par le vice-président sortant du Conseil d'État, Bruno Lasserre, pour qui tous les juges connaissent cette difficulté de concilier les ordres européen et national. Selon lui, il y a deux manières de résoudre cette tension, par la « guerre des juges » ou leur dialogue, et c'est bien cette dernière voie qui a été choisie. Vous noterez qu'il n'envisage nullement que le pouvoir politique puisse trouver une solution à ce dilemme, alors que c'est manifestement sa responsabilité première...

Quant à la réserve constitutionnelle, elle permettrait bien de remettre en dernier ressort le juge en position de dépendance vis-à-vis du constituant. Mais le Conseil d'État l'a réduite au minimum, en estimant que les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, notion dégagée par le Conseil constitutionnel dans l'avis qu'il a rendu sur le traité constitutionnel européen, ne peuvent être invoqués que lorsque le droit européen lui-même n'offre pas de protection équivalente. Nous sommes donc passés d'une idée d'identité constitutionnelle à une simple spécificité constitutionnelle. Et c'est le juge qui apprécie lui-même si les questions en cause sont garanties ou non par le droit européen. Le Conseil d'État a ainsi réussi un formidable coup double : d'une part, réaffirmer qu'il tient sa légitimité des traités européens, d'autre part, se poser comme un arbitre entre la CJUE et l'État français.

Du côté du pouvoir exécutif, les choses sont moins avancées, mais l'évolution se fait aussi dans le sens du pouvoir juridictionnel. Les conflits ont toujours existé depuis l'apparition de la juridiction administrative, mais il était de tradition que la jurisprudence du Conseil d'État accompagne l'évolution législative, parfois pour la précéder, parfois pour la freiner, permettant l'exercice d'une démocratie tempérée.

Deux éléments sont apparus plus récemment.

La loi du 30 juin 2000 instituant le référé-liberté permet au juge d'ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale qui serait menacée d'une atteinte grave et manifestement illégale. Tant que nous restions dans le domaine des droits-libertés, cela se justifiait pleinement : il s'agissait d'une sorte d'extension de la jurisprudence traditionnelle sur le détournement de pouvoir. Mais dès lors que le Conseil d'État a considéré, aux termes d'une jurisprudence très extensive, que les

droits-créances pouvaient aussi être évoqués, nous sommes passés d'un contrôle de légalité à un contrôle d'effectivité, et donc en réalité d'opportunité, d'autant que le Conseil d'État a pris l'habitude de faire les équilibres en séance, directement en entendant les parties, ce qui introduit une forme inquiétante d'incertitude juridique.

Depuis vingt ans, le raisonnement juridique des cours suprêmes consiste en effet de plus en plus à équilibrer des droits opposés. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi *a priori* et qu'il doit par exemple équilibrer la liberté d'entreprendre et la liberté syndicale, il prend en compte l'ensemble des données et effectue une balance. À l'inverse, lorsqu'il est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), il regarde si telle loi porte atteinte à telle liberté. Or toute loi porte atteinte à une liberté. Évidemment, le Conseil procédera dans tous les cas à une mise en balance des différents droits, mais il le fera plus sereinement dans le premier cas que dans le second.

J'ajoute que, lors d'une séance de travail dans le cadre d'un contrôle *a priori*, tous les ministères intéressés sont représentés, alors que lors d'une séance de travail pour une QPC, seul un représentant du secrétariat général du Gouvernement est présent, et il n'est question que de droit. La balance dans ce cas risque donc de pencher différemment.

Les juges ont toujours contribué à l'interprétation de la loi, c'est vieux comme l'invention des juridictions. Mais plusieurs évolutions ont manifestement bouleversé les équilibres anciens : la prise en compte comme règle de droit positif immédiatement applicable des principes généraux figurant dans les préambules, les chartes et les conventions internationales ; l'extension des compétences des juges *via* le contrôle de conventionnalité et la QPC ; l'utilisation systématique des recours à des fins politiques, syndicales ou de représentation d'intérêts.

Il est révélateur que l'on puisse se demander aujourd'hui qui fait la loi. Le fondement même de la démocratie me semble en question. À ce stade, ce n'est plus simplement une affaire de juristes, mais un sujet éminemment politique. Nulle part en effet il n'est dit que les juges représentent le peuple français.

Des pans entiers du droit, notamment en matière de politique d'immigration, sont définis par des juridictions nationales et internationales qui se renvoient successivement la balle. Or les juges sont irresponsables au sens propre du terme, ce qui n'est pas le cas des pouvoirs exécutif et législatif, qui doivent rendre des comptes.

Pris dans une logique institutionnelle, les juges suprêmes sont naturellement enclins à accroître leur pouvoir. Enfin, la temporalité juridictionnelle n'est pas celle de la vie politique, économique ou sociale, ce qui devrait conduire à réduire le rôle du juge au strict nécessaire.

La pénalisation croissante de l'action publique en constitue le parfait contre-exemple. La notion même de responsabilité sans faute, progrès démocratique majeur conciliant défense des droits des individus et nécessités de l'action publique, est en voie d'être oubliée ou tournée en ridicule - souvenez-vous du fameux « responsable, mais pas coupable ».

Une grave confusion est en train de s'établir, me semble-t-il, et les plaintes déposées contre des ministres à l'occasion de la crise sanitaire en fournissent un exemple manifeste. Il ne faudra pas s'étonner dans ces conditions que les responsables politiques et administratifs appliquent le principe de précaution maximal, qui ne peut conduire qu'à une paralysie progressive.

Y a-t-il des remèdes à ces dérives ?

On pourrait imaginer que les juges européens limitent leurs ambitions et tempèrent leur logique d'institution. Ce serait certainement la solution la plus simple, à défaut d'être la plus facile, car elle suppose une réelle volonté politique.

On pourrait imaginer également que le Parlement lui-même aménage notre corpus législatif en reprenant certaines procédures pour mieux les circonscrire. En matière de référé-liberté, il est encore temps de revenir à des procédures plus raisonnables, me semble-t-il. On pourrait éviter aussi les fuites en avant en matière de transparence.

Il faut sans doute rappeler à l'opinion publique quelques principes élémentaires : le pouvoir doit aller de pair avec la responsabilité ; la déontologie, la morale et la responsabilité pénale ne se confondent pas ; l'intérêt général doit prévaloir sur les intérêts particuliers.

Il faudrait aussi que l'exécutif, en charge de la négociation et de l'application des traités, fasse mieux respecter que par le passé les intentions des auteurs de la règle internationale. J'avais suggéré qu'un État, s'il juge une décision de la CJUE contraire à ses principes fondamentaux, puisse saisir le Conseil européen pour qu'il livre son interprétation. J'admets toutefois que cette idée n'a pas été travaillée plus avant.

Mais je crois très fermement, en conclusion, qu'il faut remettre du politique dans le processus décisionnel.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Depuis 1971, vous avez identifié plusieurs étapes importantes, mais vous dites que la perception des modifications a été progressive, et que nous nous rendons compte aujourd'hui seulement de leur ampleur et de leur signification. Ce délai de prise de conscience vous paraît-il normal ou anormal ?

M. Pierre Steinmetz. – À titre personnel, deux événements ont contribué à me faire percevoir cette mécanique.

En 2003, le Gouvernement a changé les règles permettant d'accéder au deuxième tour des élections des conseillers régionaux pour rendre plus difficile la présence des partis extrêmes au sein des exécutifs locaux. Le texte a été présenté au Conseil d'État, qui a fait des observations. Mais finalement, le Gouvernement a présenté à l'Assemblée nationale un texte avec un seuil de qualification pour le second tour qui n'était ni celui retenu dans le projet initial ni celui suggéré par le Conseil d'État. Et le Conseil constitutionnel a censuré le texte, faisant prévaloir, sans doute dans une logique institutionnelle, le pouvoir consultatif du Conseil d'État sur le pouvoir délibératif du Gouvernement. J'ai estimé qu'il y avait là une anomalie.

Ensuite, lorsque le Conseil constitutionnel a dégagé la notion de principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France au moment de l'examen du traité constitutionnel européen, c'était bien un début de prise de conscience. Mais les pouvoirs de l'Europe étaient beaucoup plus limités à l'époque et il ne semblait pas y avoir péril en la demeure.

Aujourd'hui, chemin faisant, il me semble vraiment qu'un problème démocratique majeur se pose.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Quand vous avancez que les juges pourraient tempérer leur logique institutionnelle, pensez-vous à un dialogue plus approfondi entre les juges, entre la société et les juges, entre le Parlement et les juges ?

Les parlementaires français n'ont pas pour usage d'utiliser à l'égard du Conseil constitutionnel les procédures dites de « portes étroites », mais ce pourrait être une marge de manœuvre possible.

Et rien n'interdirait au Parlement d'intervenir dans un certain nombre de procédures pendantes devant la CJUE, ce qui favoriserait le dialogue entre la société et les juges et éviterait un débat judiciaire désincarné.

Plus fondamentalement, comment tempérer l'action des juges tout en respectant leur indépendance ?

M. Pierre Steinmetz. – Le dialogue des juges est un rapport de forces. Ne nous faisons pas d'illusions : personne ne veut risquer de perdre la guerre.

Mais, précisément, quand personne ne veut la guerre, il y a toujours intérêt à exprimer fermement ses intérêts et ses positions. Or je perçois une démission généralisée des pouvoirs exécutif et législatif à l'égard du pouvoir juridictionnel.

Le pouvoir législatif ne devrait pas avoir peur de dire au pouvoir juridictionnel qu'il est en train de sortir des clous. Ce dernier en tiendra compte, assurément. Il faut parfois oser dire non.

M. Jean-Yves Leconte. – Vous présentez votre intervention comme un bloc formant une démonstration. Mais peut-on toujours la lire comme tel ?

La création d'un contrôle externe par la Cour européenne des droits de l'homme a été conçue pour sortir des déséquilibres anciens constatés entre les deux guerres, et marqués par la toute-puissance du politique.

Quant à la CJUE, elle juge avec les compétences qui lui ont été attribuées, et qu'il conviendrait parfois de faire évoluer.

Je ne suis pas sûr que l'on puisse prendre comme point de départ un « équilibre ancien ». En effet, il n'y avait pas forcément d'équilibre, mais plutôt une dictature de la majorité à tout instant. Or, l'État de droit, ce n'est pas nécessairement cela.

C'est donc aussi en réaction aux dérives du passé que ces contrôles ont été volontairement mis en place.

Quant à l'évolution parallèle de la société, qui déteste de plus en plus le risque, elle n'a rien à voir à mon sens avec l'évolution de la hiérarchie des normes. Ce sont deux choses différentes, me semble-t-il.

Je rejoins *in fine* la question du rapporteur : comment assurer un contrôle des juges respectueux de leur indépendance ?

Mme Dominique Vérien. – Vous dites qu'il faut savoir dire non aux juges. Mais qui peut dire non au Conseil constitutionnel quand il a statué ?

M. Alain Richard. – Je suis très impressionné par la cohérence et la force de votre présentation, dans laquelle je vois en filigrane la notion de gouvernabilité, très présente depuis longtemps dans la vie politique italienne, mais dont nous ne préoccasions guère depuis 1958, sûrs que notre pays était solidement gouvernable.

Comment trouver en effet le point d'arrêt d'une dérive qui voit la définition abstraite de principes déduits de déclarations de droits prendre la place de la décision démocratique responsable ?

Je ne crois pas que l'on puisse trouver dans les textes institutifs une limite au pouvoir de déduction des juridictions. Quand on aligne toutes les règles nouvelles déduites par le Conseil constitutionnel de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, on voit bien toute l'élasticité de cette pratique, qui peut en effet venir contredire l'autorité du politique.

La réforme constitutionnelle de 2008 a tout de même limité le champ des QPC aux droits et libertés proclamés par la Constitution, ce qui constitue déjà un garde-fou.

J'ajoute un exemple en matière de droits-créances : à mon grand regret, le Conseil d'État a retenu une interprétation du droit à la vie qui lui permet de s'arroger le pouvoir de changer la politique de santé du Gouvernement. Nous ne sommes pas très loin d'un abus de pouvoir

juridictionnel, et nous devons nous demander comment nous pouvons y remédier.

M. Pierre Steinmetz. – Il est évident qu’il y avait, sous la IV^e République, des dérives qui exigeaient une régulation. Après les élections de 1956, la chambre avait par exemple invalidé l’élection de onze députés poujadistes : c’était manifestement un appel à créer le Conseil constitutionnel !

Tout est question de mesure, et je suis persuadé qu’il n’y a pas d’équilibre institutionnel, mais seulement des mouvements très lents, dans un sens ou dans un autre. Or, actuellement, le mouvement vers le pouvoir juridictionnel est en passe de s’accélérer. Chacun devrait assumer ses responsabilités. Le rôle du juge est d’appliquer la loi, non de l’élaborer.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie, monsieur Steinmetz.

**Audition de M. Jean-Éric Schoettl
ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel**

(Mardi 4 janvier 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous recevons à présent, en visioconférence, M. Jean-Éric Schoettl, conseiller d’État honoraire et ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel.

Vous vous exprimez régulièrement dans les revues juridiques ou dans la presse généraliste sur des sujets qui intéressent la mission au premier chef, tels que l’équilibre entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutifs et législatifs ainsi que la pénalisation croissante de la vie publique.

Notre rapporteur vous a fait parvenir un questionnaire indicatif pour vous éclairer sur ses principaux sujets de préoccupation. Vous nous avez déjà adressé une contribution écrite. Je vais vous céder la parole pour une intervention liminaire, puis notre rapporteur et les collègues ici présents pourront vous poser des questions complémentaires.

M. Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel. – Je suis très honoré d’être invité par votre mission pour m’exprimer sur ce sujet préoccupant. Le fait que nous débattions en ce début d’année 2022 de la judiciarisation de la vie publique n’est pas fortuit. Votre mission d’information n’est pas la seule à se soucier de ce phénomène. Un colloque se tiendra ici même dans un mois sur le thème « État de droit et démocratie ». La question du gouvernement des juges fait également l’objet des réflexions du groupe Union Centriste de votre assemblée.

La question fait aussi l’objet de nombreux commentaires dans les revues de droit et de sciences politiques, ainsi que de conférences au sein

d'universités, de sociétés savantes et de think tanks. Elle est non moins débattue dans les médias et, ce qui est inédit, dans la campagne présidentielle. Certains évoquent ainsi la création dans la Constitution d'un « bouclier », pour certains sujets, contre les sentences des cours, nationales voire supranationales...

Cette préoccupation est relativement nouvelle. Le pouvoir juridictionnel est polycéphale. Son organisation et son fonctionnement sont complexes. Son langage est ésotérique, même si les cours ont tendance à changer la présentation de leurs arrêts, en remplaçant notamment les considérants séparés par des points-virgules par des phrases.

Ce pouvoir est donc mal connu du public, qui sera pourtant tôt ou tard affecté par ses arrêts. Les responsables politiques eux-mêmes ne le rencontrent le plus souvent qu'à leur corps défendant. Le souci des convenances leur interdit de le critiquer ouvertement. En privé, ils le maudissent fréquemment, mais, en public, protestent toujours de leur déférence à son égard.

Une préoccupation émerge, en France comme à l'étranger : le pouvoir juridictionnel n'est-il pas devenu excessif ? Cette préoccupation n'est pas sans causes. Les affaires politico-pénales défraient la chronique. Les décisions des cours suprêmes, qu'il s'agisse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État, occupent l'actualité.

Les effets de la judiciarisation de la vie publique posent un problème existentiel à la démocratie représentative : la question est de savoir où se situe aujourd'hui le siège de la souveraineté.

Je pense que la démocratie représentative souffre de l'hypertrophie du pouvoir juridictionnel, national et supranational, et que nous traversons une crise qui n'est pas sans rappeler celle qu'a connue l'Ancien régime avec ses parlements.

Je n'aurais jamais imaginé opérer un tel constat, et si publiquement, il y a encore dix ans. Je ne pose pas ce diagnostic d'un cœur allègre, car j'ai consacré toute ma carrière aux fonctions juridiques, et plus particulièrement juridictionnelles, tant au Conseil d'État qu'au Conseil constitutionnel.

Si je m'y résous, usant de la liberté de parole que permet le statut de fonctionnaire retraité, ce n'est pas pour le plaisir morose de jouer les imprécateurs, mais parce que je crois de mon devoir, à mon modeste niveau et de façon évidemment subjective, de porter témoignage.

Une fissure s'est ouverte en France, comme d'ailleurs dans la plupart des pays occidentaux, depuis une cinquantaine d'années, entre le juge et le représentant du peuple. La montée en puissance du premier anémie la démocratie représentative. L'intervention du juge dans la vie publique est

certes nécessaire et apaisante, mais de même que l'hypertrophie d'une glande affecte tout l'organisme, son hyperactivité est néfaste.

L'emprise du juge sur la démocratie revêt deux aspects distincts, quoique non étrangers l'un à l'autre : le droit se construit désormais en dehors de la loi, voire contre elle ; la pénalisation de la vie publique est croissante.

Ces deux aspects sont liés, car ils conduisent tous deux à la dégradation de la figure du « représentant » : le premier en restreignant toujours davantage son champ d'action ; le second en en faisant un perpétuel suspect.

Le malaise qui déprime aujourd'hui la démocratie me paraît, pour une part non négligeable, se situer là, dans l'abaissement du représentant, dans le rétrécissement de la souveraineté du peuple, dans la rétraction de l'autorité publique, ainsi que dans les réactions allergiques que provoque cet affaiblissement de l'État : l'abstention, le populisme, l'illibéralisme.

Une décision de justice, surtout lorsqu'elle émane d'une cour suprême, est autant l'expression de sa volonté que le fruit d'un raisonnement logique déduisant du droit applicable à l'espèce la solution qui doit lui être apportée. Certains diront que les dérapages d'un juge peuvent toujours être corrigés par l'intervention d'un autre juge. Mais l'état d'esprit dans lequel le juge use de cette latitude décisionnelle n'est pas fortuit. Il est inspiré par un air du temps, qui se propage d'un juge à l'autre et traduit des rapports de force. Comme en physique, on assiste à un phénomène de résonance. Finalement, loin d'être ce tiers impartial, cette « bouche de la loi » que nous voulons encore voir en lui à la suite de Montesquieu, le juge est partie prenante au jeu social et en transforme les règles.

L'ascendant croissant de ce pouvoir sur les autres - dont nos concitoyens n'ont pas pleinement conscience, mais dont ils perçoivent les effets indirects - bouleverse la séparation des pouvoirs. Il fait entrer celle-ci dans une zone de turbulences concourant, pour une part non négligeable, au malaise qui s'est emparé des démocraties occidentales contemporaines, particulièrement en France.

Le sujet que traite votre mission d'information possède d'innombrables ramifications. Mes réponses écrites au questionnaire que vous m'avez fait parvenir s'efforcent de les explorer partiellement et de faire face à l'embarrassante question du « que faire ? » : que faire pour restaurer un fonctionnement plus sain de la séparation des pouvoirs ?

Dans l'immédiat, je me contenterai de développer trois idées : le droit se construit de plus en plus en dehors de la loi, voire contre la loi ; la pénalisation de la vie publique est l'expression d'une sorte de revanche sociologique ; enfin, si j'en ai le temps, j'expliquerai comment la pandémie a exacerbé le phénomène de judiciarisation de la vie publique sous tous ses aspects.

Le droit se construit de plus en plus en dehors de la loi, voire contre la loi.

Il fut un temps, pas si lointain, lorsque je suis entré au Conseil d'État en 1979, où la loi trônait en majesté au sommet de l'édifice juridique. La loi fixait les règles ou les principes fondamentaux, selon les cas prévus à l'article 34 de la Constitution de 1958, sans se perdre dans le détail de ses modalités d'application ; le décret déterminait ces dernières ; le juge interprétait la loi dans le strict respect de l'intention du législateur, telle qu'elle se dégagait des travaux parlementaires ; la loi postérieure au traité faisait écran à ce dernier, du moins aux yeux du juge administratif.

Tout cet édifice s'est retrouvé chamboulé au terme d'une évolution insidieuse, mais irrésistible, couvrant un demi-siècle. Cette évolution conjugue divers phénomènes : la primauté du droit international et européen ; l'expansion des droits fondamentaux, qui déborde, notamment du côté sociétal, ce que l'on nommait pompeusement dans les années 1980 « la troisième génération des droits de l'homme » ; la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, aiguillonné par les officines militantes et les ONG ; des révisions constitutionnelles contraignant toujours davantage les pouvoirs publics et le législateur ; enfin, différentes lois ont accru les pouvoirs du juge.

La loi promulguée n'est plus une valeur sûre. Elle est devenue un énoncé précaire et révoquant, grevé de la double hypothèque du droit européen et, avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), du droit constitutionnel.

Elle n'exprime plus une volonté générale durable, mais une règle du jeu provisoire, perpétuellement discutable, continuellement à la merci d'une habileté contentieuse placée au service d'intérêts ou de passions privés.

Dans l'ordre juridique international, la souveraineté nationale se rétracte. Cette rétraction résulte tant des transferts de compétences au profit de l'Union européenne, y compris dans des domaines régaliens, que de la conclusion, dans tous les domaines, de traités qui produisent des effets juridiques non seulement entre États, mais également entre États et particuliers, voire entre particuliers, et qui nous lient aux sentences d'organes supranationaux.

Dans l'ordre juridique interne, la souveraineté populaire est amoindrie par un droit toujours plus prégnant, qui déborde et contraint la loi, et dont la source se trouve ailleurs que dans la loi, plus particulièrement dans la jurisprudence des cours suprêmes, nationales et supranationales.

La souveraineté de l'État et la souveraineté dans l'État ont été toutes les deux soumises depuis cinquante ans à une intense attrition. Le modèle westphalien de la souveraineté nationale comme le modèle démocratique de la souveraineté du peuple ont été pareillement malmenés.

La subordination de la loi aux traités, aux actes de droit européen dérivé et aux décisions des cours nationales et supranationales conduit à la gageure démocratique définie en ces termes par Henri Guaino dans *Le Figaro* du 27 octobre 2021 : « vouloir faire la démocratie par le droit plutôt que le droit par la démocratie ».

La tutelle du juge sur les affaires publiques s'est progressivement et considérablement accentuée, en surface comme en intensité.

Tout devient « justiciable » : la loi, mais aussi les « mesures d'ordre intérieur » - actes administratifs pris au sein des univers scolaires ou carcéraux, mesures de police, etc. -, ce qui semblait impensable lorsque je suis entré au Conseil d'État : les mesures de police n'étaient pas exemptes de tout contrôle du juge, mais faisaient l'objet d'un contrôle restreint, notamment celles qui étaient d'une haute technicité. Rien n'est plus soustrait au contrôle du juge.

L'intensité du contrôle juridictionnel s'est accrue. Nous sommes passés, en matière de conciliation entre libertés et intérêt général, de la vérification qu'il n'y avait pas d'« erreur manifeste d'appréciation » à un examen pointilleux de l'adaptation, de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure contestée.

Par le contrôle de proportionnalité, le juge constitutionnel substitue son appréciation à celle du législateur, et le juge administratif fait de même à l'égard du pouvoir réglementaire. Songez à l'ordonnance de référé du Conseil d'État du 22 juin 2021 sur l'assurance chômage, qui est à rapprocher de l'arrêt *Commune de Grande-Synthe* du 1^{er} juillet 2021 sur les émissions de gaz à effet de serre. Dans la première affaire, le Conseil d'État enjoint au Gouvernement de ralentir la mise à exécution d'une mesure. Dans la seconde - dite l'« Affaire du siècle » -, il lui ordonne de hâter le pas. Dans les deux cas, le juge détermine le rythme des réformes.

Le Conseil constitutionnel a vu son pouvoir considérablement étendu avec la QPC. La nature de son intervention a en outre muté compte tenu, d'une part, de ce que le nouveau mode de saisine ouvre son prétoire aux groupes militants, et, d'autre part, de l'intensité de son contrôle.

Le contrôle de proportionnalité comme celui dit de l'« incompétence négative » interdisent désormais au législateur et au pouvoir réglementaire de prendre les mesures simples, souples, générales et lisibles qu'ils prenaient auparavant, et qui permettaient à l'administration de s'adapter aux réalités du terrain sans interdire un contrôle raisonnable du juge.

Qu'elles soient réglementaires ou législatives, les mesures simples à énoncer et à appliquer sont aujourd'hui condamnées pour leur excès de généralité parce qu'elles n'interdisent pas de façon assez détaillée les dérapages liberticides. Cette situation conduit le pouvoir législatif comme le pouvoir réglementaire à énoncer des règles très complexes et inadaptées à l'imprévisibilité du terrain.

Le juge administratif a lui aussi adopté le contrôle de proportionnalité, même dans les domaines où il se bornait à censurer l'erreur manifeste d'appréciation. Il a en outre été doté d'un pouvoir d'injonction qu'il ne possédait pas il y a une quarantaine d'années, par le biais du référé liberté ou du commandement assortissant une annulation.

Les principes applicables, constitutionnels et conventionnels, de caractère très vague, offrent une prise à la subjectivité du juge. Par exemple le droit à la vie privée et familiale mentionné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a donné lieu à une jurisprudence très constructive de la Cour de Strasbourg et de nos cours nationales en matière de regroupement familial.

Le juge ordinaire, même de première instance, dispose du considérable pouvoir d'écarter une disposition législative qu'il estime contraire aux engagements internationaux ou européens de la France, même lorsque cette disposition est postérieure à la ratification du traité : cela résulte des arrêts *Jacques Vabre* de 1975 de la Cour de cassation et *Nicolo* de 1989 du Conseil d'État.

Cette extension du périmètre et de l'intensité du contrôle juridictionnel est l'œuvre tantôt du constituant - institution de la QPC en 2008 -, tantôt du législateur - création du référé liberté -, tantôt 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 et au préambule de la Constitution de 1946. En 2020, il s'est octroyé 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.

Un autre facteur important de cette montée en puissance du pouvoir juridictionnel est ce qu'on appelle benoîtement le « dialogue des juges », c'est-à-dire le mimétisme, pour ne pas dire la surenchère, entre cours suprêmes. Nous en avons cinq en France...

Ajoutons encore que le prétoire s'est ouvert, au cours du demi-siècle écoulé, à des requérants toujours plus nombreux : lobbies, groupes d'intérêts porteurs de revendications diverses ou d'ordre idéologique.

L'intérêt pour agir est de plus en plus libéralement apprécié par le juge administratif et par le juge pénal. Ainsi, dans l'« Affaire du siècle », une commune littorale s'est vu reconnaître un intérêt propre à contester l'insuffisance des mesures gouvernementales prises pour limiter l'émission de gaz à effet de serre. C'est ainsi encore que les plaintes de l'association Anticor et de syndicats de magistrats sont jugées recevables devant la Cour de justice de la République dans l'affaire Dupond-Moretti.

Devant les juridictions répressives, la liste des catégories d'associations pouvant se porter partie civile ne cesse de s'allonger. On s'est bien éloigné du principe : « nul ne plaide par procureur. »

Depuis une dizaine d'années, toute personne à laquelle une loi est appliquée peut contester, en présentant une question prioritaire de constitutionnalité, le respect par cette loi des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Cette évolution a été consentie par le politique. Elle a été saluée par les commentateurs de la chose publique comme la consécration de l'État de droit.

Mais on a oublié trois choses. Le juge n'est ni omniscient ni infaillible. Il est, lui aussi, habité par des préjugés. De plus, contrairement à la fonction publique, qui répond devant l'autorité ministérielle, ou au Gouvernement, qui répond devant le Parlement, ou au Parlement, qui répond devant le peuple, le juge est inamovible et ne répond devant personne, pas même devant sa hiérarchie.

La puissance du juge dans les démocraties occidentales contemporaines tient à ce paradoxe : les décideurs, publics ou privés, sont toujours plus suspects d'indignité, de négligence, d'incompétence, de conflits d'intérêts, de pure et simple malignité, etc., et par conséquent toujours plus soumis à un contrôle juridictionnel de plus en plus étendu et intense. Mais l'équanimité, la lucidité et la disponibilité des juges sont, quant à elles, tacitement présumées, comme est présumée l'imperméabilité du juge à l'air du temps, au vedettariat, à l'hubris, etc.

Remettre en cause ce présumé n'est pas plaider pour une société sans juge, mais exiger du juge, comme des autres décideurs, qu'il fasse un usage responsable de ses prérogatives.

Cette exigence est d'ailleurs celle de beaucoup de juges, en France comme ailleurs. C'est ainsi qu'aux États-Unis, pays où la puissance du juge semblait à l'abri de toute interrogation, les juges Antonin Scalia et John Roberts ont critiqué, dans leurs opinions dissidentes, la décision de 2015 de la Cour suprême des États-Unis imposant aux États de légaliser le mariage homosexuel, expliquant que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe n'avait pas à être imposée par la Cour aux États, mais devait être décidée par les représentants du peuple dans chaque État.

L'emprise juridictionnelle sur les affaires publiques n'est pas propre à la France. Aux États-Unis, la Cour suprême fait beaucoup plus qu'appliquer les règles du jeu constitutionnelles. Elle en crée de toutes pièces, notamment en élaborant à l'infini une jurisprudence à partir du principe d'égalité, ce qui suscite des tensions aussi vives que chez nous. Le conflit apparu lors du premier *New Deal* n'est pas isolé. Les discussions sur la légitimité de certaines solutions font rage à l'intérieur même du collège comme en témoigne l'affaire du mariage entre personnes du même sexe.

En revanche, il est vrai que la France et d'autres pays latins présentent une spécificité aggravante : pour emprunter une métaphore à Daniel Soulez Larivière, on n'y demande pas au juge « de connaître les affaires de la Cité, de s'y être suffisamment frotté pour en retirer une légitimité acceptable pour les autres sans jamais prétendre à devenir prince lui-même ».

Quis custodiet ipsos custodias ? Qui gardera les gardes ? La question posée par Juvénal, au deuxième siècle de notre ère, demeure sans réponse, nonobstant l'exigence formulée par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

Autre question dérangeante : comment envisager de tempérer l'emprise juridictionnelle sur la vie publique sans s'interroger sur les instruments qui la rendent possible ? L'État de droit était-il atrophié en France avant l'invention de la QPC et des référés libertés ? Les Pays-Bas sont-ils un État de droit de seconde zone, une société sans juge parce qu'ils ignorent le contrôle de constitutionnalité ? Je ne le crois pas.

J'en viens rapidement à mon deuxième point : la pénalisation de la vie publique est en bonne partie l'expression d'un ressentiment corporatif, d'une revanche sociologique. Tous les juges ne sont évidemment pas des Torquemada, mais une pulsion purificatrice parcourt les palais de justice.

L'autorité judiciaire attire souvent dans le champ pénal des manquements moraux des présumés « puissants » de ce monde, manquements qui ne sont pourtant pas constitutifs d'infractions pénales. Elle use, à cet effet, de diverses méthodes.

La première est d'interpréter de façon large les dispositions définissant les délits et les crimes.

Ainsi, dans les affaires relatives aux assistants parlementaires, les termes de l'article 432-15 du code pénal, relatif au détournement de fonds publics, ont été étendus prétoriquement aux élus, alors que les dispositions d'incrimination sont de droit strict. Il en est de même, dans le cadre de la crise sanitaire, de ceux de l'article 223-1 du même code relatif à la mise en danger de la vie d'autrui.

Le juge pénal peut également « surqualifier » les faits. C'est ainsi que la qualification d'« escroquerie en bande organisée » a été initialement retenue dans l'affaire de l'arbitrage Tapie.

Une autre méthode consiste à faire une interprétation minimaliste des dispositions instituant des immunités ou des irresponsabilités en faveur des membres des pouvoirs exécutif ou législatif et, plus généralement, de traiter cavalièrement les questions de compétence judiciaire et de séparation des pouvoirs. Ainsi, le 29 mars 2021, dans l'affaire du Médiateur, le tribunal correctionnel de Paris a jugé que les activités de parlementaires au sein d'une

mission d'information parlementaire n'étaient couvertes par aucune immunité. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal opère une distinction entre « commission d'enquête » et « mission d'information » totalement artificielle au regard des dispositions du premier alinéa de l'article 26 de la Constitution qui prévoient, 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 ».

Enfin, l'autorité judiciaire peut faire un usage « tourmenteur » et volontairement spectaculaire des moyens d'enquête et d'instruction, alors même qu'aucune condamnation ne sera prononcée *in fine*. L'emploi excessif des mesures d'enquête et d'instruction paraît manifeste dans la mise sous écoute téléphonique pendant des mois de Nicolas Sarkozy et de son avocat. De même, les mises en examen à grand spectacle ou les perquisitions des palais nationaux - Présidence de la République, Parlement et ministères - stigmatisent des personnalités et des institutions avant tout jugement.

Plusieurs facteurs ont leur part, dans cet activisme pénal : les préjugés hostiles au monde politico-administratif, les passions tristes, comme celles qui s'affichent sur le « mur des cons » du Syndicat de la magistrature, une vision manichéenne de la société, la tentation du vedettariat, l'idée que le juge ne saurait se borner à être un « tiers impartial » et que, bien au contraire, sa mission est de contribuer à transformer la société.

On peut aussi y voir l'expression d'une revanche sociologique face aux conditions, en effet déplorables, d'exercice de la justice et face à une perte de statut dont les magistrats rendent responsable le système dans son ensemble. Les manifestations de magistrats du mois dernier sont symptomatiques à cet égard. Cette rancœur rejoint d'ailleurs l'amertume de toute une catégorie de travailleurs intellectuels - enseignants, journalistes, etc. - qui s'estiment insuffisamment valorisés par la société.

On peut y voir enfin l'endossement par le juge du rôle purificateur qu'une partie de l'opinion, échauffée par les activistes, les médias et les réseaux sociaux, veut lui voir jouer.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - Depuis 1971, plusieurs modifications sont intervenues qui vous conduisent à vous demander si la séparation des pouvoirs existe toujours. Mais que faire ? Quelles sont vos propositions ? Nos règles institutionnelles ou de droit doivent-elles être modifiées ? Ou bien le problème relève-t-il plutôt d'un rapport de force, d'un dialogue entre la société et les juges, pour faire en sorte que ceux-ci modèrent leur action et reviennent à une interprétation plus classique de leur pouvoir, respectant la démocratie représentative ? Quels éléments seraient susceptibles de favoriser ce dialogue : faut-il, par exemple, que les

parlementaires défendent leur point de vue devant le Conseil constitutionnel par la voie des « portes étroites » ?

M. Jean-Éric Schoettl. - C'est une vaste question ! La meilleure des solutions serait de laisser le juge s'astreindre à une retenue, au *self-restraint* comme disent les Anglo-saxons, même si les juges anglo-saxons ne le pratiquent pas toujours...

Si les juges faisaient un usage prudent de leurs prérogatives, respectueux de la séparation des pouvoirs, il n'y aurait rien à faire. Mais les choses sont allées trop loin. La jurisprudence a conquis de nouveaux horizons et on voit mal comment elle pourrait revenir en arrière. Par exemple, en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, je ne vois pas comment on pourrait rebrousser chemin. Toutes les cours pratiquent le contrôle fondé sur le triptyque suivant : la mesure est-elle adaptée ? nécessaire ? proportionnelle ? Il en va de même de la jurisprudence sur l'incompétence négative.

Un état d'esprit s'est installé, et c'est à ce niveau qu'il faut agir. On pourrait sans doute, en effet, autoriser les parlementaires, les groupes politiques ou les rapporteurs à intervenir devant le Conseil constitutionnel. Mais ce n'est qu'une solution de court terme.

Pour agir à plus long terme sur l'état d'esprit des juges, il faudrait que la formation des magistrats prenne mieux en compte les problèmes de la société et de l'État, afin que les magistrats ne se pensent pas comme extérieurs à l'État - car ils en font évidemment partie puisqu'ils le régulent. C'est vrai aussi pour les juges des cours suprêmes, y compris européennes, qui ne sont en réalité pas en surplomb des États. Il y a aussi la question des droits fondamentaux, qu'il faut peut-être mieux équilibrer avec un certain nombre d'exigences collectives, ce que nous vivons avec la crise sanitaire en fournit une illustration saisissante. Tout cela devrait être mieux appris à l'École nationale de la magistrature (ENM), et je crois qu'il faudrait également ouvrir plus largement la magistrature à la société civile, comme le font les Anglo-saxons, cette ouverture représente une véritable oxygénation de la magistrature. Aujourd'hui les jeunes magistrats, qui ne connaissent pas suffisamment la société ni le fonctionnement de l'État, sont trop rapidement propulsés dans des responsabilités pénales et doivent décider dans des affaires où s'incarnent tous les drames de la société. Ces changements, vous en conviendrez, n'impliquent nulle réforme constitutionnelle.

Autre piste, il faut aussi toujours s'interroger en profondeur avant de doter le juge d'un nouvel instrument pénal, il faut se garder de supposer que le juge est équanime, omniscient, car il est avant tout un être humain, avec ses faiblesses. Dans le référé liberté, le pouvoir du juge est immense, et ce qui est remarquable n'est pas tant qu'il s'en serve trop, mais est qu'il n'en fasse pas un usage plus immodéré encore !

Quant au bilan global de la QPC, je dirai qu'il n'est pas positif pour la démocratie représentative, c'est mon opinion ; je crois que les aspects négatifs en ont été sous-estimés.

Sur le droit européen, la première chose à dire, c'est que son juge de droit commun, c'est le juge national, qui peut écarter la loi nationale au motif de la primauté du droit européen. Que faire ? Pour les traités, il y a une question d'interprétation de l'article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lequel énumère les valeurs de l'Union. Comme vous le dites, Monsieur le rapporteur, un rapport de force est à l'œuvre, qui détermine l'extension de cet article, il faut y veiller. De même, il faut faire très attention dans la négociation des droits dérivés, il ne faut pas négocier à l'aveuglette les règlements et directives européens, méfions-nous en particulier des lobbies qui nous proposent leurs bons offices faussement désintéressés. Je crois que nous devons aussi engager la renégociation des règlements et directives qui nous sont défavorables, je pense en particulier à la directive sur le temps de travail que la justice européenne a jugée applicable aux armées.

Tout ceci n'impose pas de réforme constitutionnelle, ni de renégocier les traités, mais je doute que cela suffise à rééquilibrer les pouvoirs.

Que faire pour remonter la pente ?

Pour répondre sincèrement à cette question, j'ai dressé un catalogue de médicaments ; il m'aurait horrifié il y a encore quelques années par son caractère disruptif, mais je vous le livre tel quel.

Je crois qu'il faut dénoncer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et refonder les traités européens pour passer d'une Europe des institutions à une Europe des coopérations.

En attendant, il faudrait suspendre ou renégocier les actes du droit de l'Union contraires à nos intérêts nationaux supérieurs ou pris en dehors du domaine de compétences de l'Union ; permettre au Parlement, selon une procédure à la majorité qualifiée, de passer outre aux jurisprudences incapacitantes des cours suprêmes ; supprimer la QPC ; exclure le référé administratif contre les règlements ; dépénaliser la vie publique en abrogeant les infractions non intentionnelles des ministres ; séparer le siège du parquet et donner au garde des sceaux les moyens de mener une véritable politique pénale, dont il puisse répondre devant le Parlement, en plaçant le ministère public sous son autorité et en redonnant au ministre de la justice la possibilité de donner au procureur des instructions écrites - versées au dossier - dans les affaires particulières ; oxygéner le recrutement des magistrats en élargissant le tour extérieur ; permettre à un Conseil supérieur de la magistrature (CSM) rénové de connaître des atteintes au devoir d'impartialité - je crois aussi que la commission des requêtes et la commission d'instruction devraient comporter des parlementaires.

Il s'agit là d'un changement complet de paradigme. Il passe en bonne partie par une révision constitutionnelle. Il prend à rebrousse-poil cinquante ans d'évolution des idées politico-juridiques en France comme en Europe.

Quel candidat à l'élection présidentielle oserait inscrire de telles mesures à son programme ? Et surtout : quel président oserait les mettre en œuvre ? Ce serait se faire accuser - à l'intérieur comme à l'extérieur de nos frontières - de violer les valeurs de l'État de droit de façon plus scélérate encore que les « démocraties » actuellement assises au banc d'infamie de l'Union européenne.

J'en conclus que la pente dévalée depuis un demi-siècle par la démocratie représentative ne pourra être remontée que dans un contexte de crise aiguë. Nous n'y sommes pas encore.

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Merci pour votre effort d'apporter des réponses et des propositions. J'oserai l'ironie de dire que, comme Lénine en son temps, vous posez la question : Que faire ? et vous y répondez avec des suggestions disruptives. Vous nous invitez à réinterroger notre organisation et à redonner force et sens au droit et à la loi, sans tomber dans le populisme.

Vous évoquez le temps où la loi trônait, mais ne pensez-vous pas que le fait de légiférer toujours davantage, en particulier par des lois de circonstances, affaiblit la force de la loi, et que « trop de loi tue la loi » ? Vous évoquez aussi une sorte de revanche sociologique dans la pénalisation de la vie politique, vous citez des ministres, des parlementaires, mais n'y a-t-il pas aussi une focalisation sur les élus locaux ? Quel équilibre trouver entre la confiance et le contrôle, pour que les élus conservent leur légitimité ?

M. Jean-Éric Schoettl. - La pénalisation de la vie politique atteint les élus locaux, c'est certain. J'ai en mémoire un arrêt de la Cour de cassation, qui a qualifié de prise illégale d'intérêts le fait pour un maire d'avoir versé une subvention à une association d'insertion dont il était président, alors que cette présidence était statutaire, que la subvention avait été votée par le conseil municipal et, surtout, que le maire ne tirait nul intérêt ni enrichissement personnel au fait que l'association d'insertion reçoive une subvention municipale : la Cour de cassation s'est fortement éloignée, me semble-t-il, de l'esprit du code pénal et de la façon dont la prise illégale d'intérêts y est définie. Dans ce cas, la réponse est légale, il faut préciser dans le code pénal que la prise illégale d'intérêts suppose un intérêt personnel, je crois qu'une proposition de loi va dans ce sens.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. - La loi sur la confiance dans l'institution judiciaire vient, à notre initiative, de modifier la définition de ce délit.

M. Jean-Éric Schoettl. - Des lois répondent à des jurisprudences déstabilisatrices, il y a une sorte de dialogue entre le juge et le législateur,

l'étape suivante pourrait être pour le juge d'interpréter a minima des règles plus précises, il faut y veiller.

Ensuite, sur l'inflation normative, il faut prendre en compte les effets de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, reprise par le Conseil d'État, sur l'incompétence négative. À force d'exiger de la loi qu'elle pose tous les garde-fous et prévienne tous les dérapages liberticides, on en arrive à multiplier les lois de circonstance. Nous sommes loin du temps où des lois générales suffisaient, laissant de la latitude au décret et au juge ; désormais, on fait comme si la loi devait tout prévoir, alors qu'elle ne le peut pas. Et comme il est impossible de penser à tout, on doit changer la loi régulièrement. Le bavardage législatif ne tient pas exclusivement à cette évolution, mais pour partie, certainement.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Dans la présentation quelque peu souverainiste que vous faites, - je le dis en toute amitié et dans un esprit de dialogue -, vous posez-vous la question de la validité du compromis de Luxembourg de 1966 ? A-t-il été abrogé par les traités, ou bien est-il toujours en vigueur ? Ensuite, si comme vous le dites l'excès du pouvoir du juge a fini par diminuer la démocratie représentative, le Parlement n'a-t-il pas sa part de responsabilité, en ayant créé un vide par sa faiblesse même, par ses refus d'agir ? En d'autres termes, le Parlement fait-il bien et complètement son travail, par exemple en matière de subsidiarité ? Ne pensez-vous pas que nous devrions en faire davantage, pour plus d'efficacité ?

M. Jean-Éric Schoettl. – Sur le compromis de Luxembourg, j'appliquerai la formule du « en même temps » : il n'est plus en vigueur juridiquement, puisque le traité sur le fonctionnement de l'Union a été pris, mais je crois qu'il devrait être remis au goût du jour. Lorsque nous estimons que nos intérêts nationaux supérieurs sont en jeu, ou que les institutions européennes sont sorties de leur domaine de compétence, par exemple en appliquant aux armées la directive sur le temps de travail, je crois qu'il y a une formule à trouver qui ressemble fort au compromis de Luxembourg, quitte à le faire de façon unilatérale.

Sur le rôle du Parlement, je pense qu'effectivement il y a de la marge par une utilisation plus résolue de ses prérogatives sur la subsidiarité. L'examen a priori des propositions européennes n'est-il pas trop éclaté au sein de chacune des chambres ? Faut-il en faire un usage moins routinier ? Faut-il une organisation plus centralisée entre les deux chambres ? Je ne connais pas suffisamment le travail parlementaire pour répondre précisément.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Les autorités administratives indépendantes (AAI) se sont vu déléguer, avec l'accord du Parlement, des compétences importantes et des voix se sont faites entendre

pour y voir des dérives. Qu'en pensez-vous, et avez-vous des propositions dans ce domaine ?

M. Jean-Éric Schoettl. – Je crois que c'est effectivement un sujet. Leur fonction n'est pas en cause, mais on ne peut s'empêcher de s'interroger sur le fait qu'elles cumulent les trois pouvoirs puisqu'elles édictent des règles, prennent des décisions individuelles et peuvent également sanctionner. Le tout s'effectue certes sous le contrôle du juge, mais seulement dans un deuxième temps. De fait, ces matières échappent au Parlement, et tant que le Parlement qui les a enfantées laissera prospérer ces AAI, des domaines d'action échapperont effectivement au Parlement et au Gouvernement. Si encore ces AAI avaient une expertise technique propre, mais ce n'est pas toujours le cas - et l'on peut s'interroger alors sur l'orientation de leurs décisions. En réalité, ce sont les services de l'État qui ont l'expertise technique, avec la difficulté qu'ils sont aussi habités d'une vision très partielle de leur responsabilité, avec le risque d'orienter de façon idéologique les arbitrages.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Merci pour toutes ces précisions.

**Audition de MM. Antoine Garapon,
magistrat, docteur en droit,
ancien secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice,
et Philippe Raynaud, professeur des universités,
professeur émérite en sciences politiques
de l'Université Paris II Panthéon-Assas**

(Mardi 11 janvier 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Monsieur Raynaud, je vous remercie d'avoir accepté de participer à cette audition organisée par la mission d'information que le Sénat a constituée, à la demande du groupe Union Centriste, pour travailler sur la judiciarisation de la vie publique.

L'idée revient souvent que les juridictions nationales et européennes auraient pris, au cours des dernières décennies, une place grandissante dans la production de la norme, au point de mettre en cause la démocratie représentative ainsi que la capacité du pouvoir politique à poursuivre l'intérêt général. Nous souhaitons poser un diagnostic précis, sans tomber dans la dénonciation d'un hypothétique « gouvernement des juges », et proposer, le cas échéant, des pistes d'évolution.

Vous avez publié en 2020 un ouvrage intitulé *Le juge et le philosophe – Essais sur le nouvel âge du droit*, dans lequel vous parlez de l'avènement d'un nouvel âge du droit. Quelle est votre analyse et quelles sont les mesures que nous devrions éventuellement envisager afin de rééquilibrer les rapports entre pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ?

Vous avez reçu un questionnaire auquel vous avez déjà partiellement répondu par écrit. Après votre intervention liminaire, nous vous poserons des questions complémentaires.

M. Philippe Raynaud, professeur des universités, professeur émérite en sciences politiques à l'Université Paris II Panthéon-Assas. – Je vous remercie de cette invitation dont je me suis senti très honoré, et de l'envoi de votre questionnaire très pertinent.

Je rappellerai tout d'abord ce qui m'a conduit en 2008, date de la première édition de mon livre, à parler d'un nouvel âge du droit et le sens de cette notion.

J'ai voulu désigner ainsi un ensemble de transformations touchant à la fois l'ordre interne des démocraties libérales, le rôle du droit dans les relations internationales, et les nouvelles manières dont s'organisaient les conflictualités politiques. Ces dernières se traduisaient par des débats où l'on pouvait noter à la fois un déclin du concept de souveraineté et un prestige nouveau du concept d'État de droit. Ce dernier, qui passionnait peu de monde lorsque j'étais étudiant, est en effet devenu une référence quasi incontestée. Si des controverses peuvent se produire sur son fonctionnement, le bien-fondé de la nécessité de vivre dans un tel État n'est pas remis en question.

Le triomphe de cette notion se produit dans la configuration de la fin des années 1990, marquée par la fin du monde communiste, qui crée un monde très différent de celui de l'après-Seconde Guerre mondiale.

Le trait le plus visible de cette période est le progrès du libéralisme, entendu non seulement comme la légitimité reconquise de l'économie de marché, mais également comme la transformation des modes de régulation des sociétés appelées communément « démocraties libérales », qui impose la figure du juge comme une figure centrale des régimes démocratiques – succédant au culte du législateur, qui dominait à la fin du XVIII^e siècle et à celui de l'exécutif et de l'administration bienveillante qui avait accompagné les progrès de l'État providence.

Parallèlement, le droit constitutionnel ne se présente plus comme une science des régimes politiques ou des relations entre les pouvoirs, mais sous une forme dogmatique qui mêle droits administratif et privé. L'enjeu est de montrer qu'il existe un ensemble hiérarchisé de normes dont la cohérence est plus importante que les relations entre les pouvoirs et qui s'appuie sur les droits dits fondamentaux protégés par les juridictions constitutionnelles.

Cette évolution a évidemment une portée politique. Alors que, dans les deux siècles précédents, l'essentiel était de régler des conflits liés à des divergences d'intérêts survenues dans un cadre politique marqué par la balance des pouvoirs, ce que l'on peut appeler l'âge des normes voit se développer de nouveaux enjeux et de nouvelles revendications. L'important

est désormais, par exemple, la reconnaissance de droits. Les droits fondamentaux sont de plus en plus contraignants et nombreux. Les revendications politiques attachent en outre une importance nouvelle aux questions juridiques.

Parallèlement à cette évolution interne se produit une évolution du système international, que beaucoup résument en parlant d'un déclin de la figure de la souveraineté.

Cette évolution se traduit tout d'abord par un changement dans les relations entre la guerre et la paix marqué par la montée des interventions militaires. Il s'agit là toutefois seulement d'un aspect d'une évolution plus générale. Même si la logique de l'équilibre des puissances reste un élément réel et central du système international, celui-ci ménage une place croissante à des juridictions et des instances réputées indépendantes qui n'hésitent plus à intervenir dans la vie intérieure des États.

Des changements surviennent également dans les enjeux politiques internes au monde démocratique, qui aboutissent à une opposition un peu convenue entre populistes et libéraux.

Depuis vingt ans, les deux aspects complémentaires de la politique moderne qui étaient, d'un côté, la défense des droits des individus et de l'autre, l'augmentation du pouvoir de la collectivité sur elle-même, sont en train de se dissocier pour donner lieu à de nouvelles querelles sur le sens de la démocratie.

Au départ de cette période, la victoire du régime démocratique sur ses principaux adversaires et l'acceptation du libéralisme politique comme cadre normal de la vie civique avaient eu dans un premier temps pour effet de réduire la conflictualité, du fait notamment du déclin des formes traditionnelles des extrémismes politiques.

En France, ce moment peut être situé dans la période ouverte par la réélection de François Mitterrand en 1988, sur laquelle le texte le plus pertinent demeure celui publié par François Furet dans l'ouvrage collectif intitulé *La République du centre – La fin de l'exception française*.

Il existe bien sûr toujours des courants d'extrême droite et d'extrême gauche dans cette période, mais les enjeux apparents se sont estompés. Ainsi, après la première expérience socialiste, l'idée d'une rupture avec le capitalisme a disparu. Le rapport à la question nationale et à la question européenne du parti dit gaulliste évolue en outre notablement.

Cela n'a pas empêché l'émergence de conflits politiques nouveaux dont les exemples sont nombreux ces dernières années, notamment depuis l'élection de Donald Trump en 2016 aux États-Unis, la crise du Brexit en Grande-Bretagne, jusqu'à la décomposition progressive de la gauche en France et l'essor de ce que l'on appelle l'extrême droite.

Paradoxalement, nous partons donc d'une évolution qui aurait dû conduire à une pacification – et a conduit dans un premier temps à un abaissement des enjeux en présence – pour aboutir à une sorte de crise de la démocratie, dans laquelle les degrés d'hostilité entre les segments de la vie politique sont plus marqués qu'autrefois.

Les nouveaux clivages s'organisent entre deux pôles nouveaux : la démocratie illibérale, chère aux dirigeants hongrois et polonais, qui s'oppose à une idée qui a fait son chemin chez une partie des libéraux, notamment de gauche, et qu'un auteur appelle l'idée d'une « démocratie sans *demos* », dans laquelle la figure du peuple devient secondaire. Comme le pouvoir pose également problème, la démocratie est peut-être sans *demos* ni *cratos* ! C'est le paradoxe dans lequel nous vivons.

Vous m'avez également demandé pourquoi je parlais d'un sentiment d'impuissance du politique et m'avez posé la question suivante : « Peut-on considérer que les développements de la jurisprudence ont fini par entraver dans certains domaines l'action des pouvoirs publics ? Pensez-vous que le souci de toujours mieux protéger les droits et les libertés individuels puisse nuire à la capacité du politique de porter l'intérêt général ? »

Même si le sentiment d'impuissance du politique est réel, les transformations qui y ont conduit et que certains dénoncent sont le fruit de décisions politiques relativement rationnelles, qui ont été accomplies sans opposition majeure. Les démocraties ont accepté de limiter les pouvoirs des gouvernants ou des législatures afin de mieux garantir les droits des individus ou des citoyens et de protéger la minorité de la tyrannie de la majorité, ou pour éviter des politiques économiques qu'à tort ou à raison on considérait comme aventureuses.

Cette évolution est parfaitement pensable dans les cadres classiques de la démocratie libérale. Si l'on se place dans une opposition entre républicains et libéraux, les premiers peuvent y voir un effort de rationalisation des modes de gouvernement et de réorganisation des rapports entre les pouvoirs, et les seconds – de l'école de Constant ou de Mill – peuvent dire que cette évolution procède de la nécessité de placer plusieurs droits fondamentaux ou naturels hors d'atteinte de l'autorité sociale.

En revanche, l'extension indéfinie de ces droits constitue une nouveauté, tout comme le rôle actif joué en la matière par des juridictions dont il n'était pas certain qu'elles aient vocation à trancher tous les problèmes nouveaux nés du développement de ce que Tocqueville appelait « l'égalité des conditions ».

On peut trouver, ce qui est mon cas, qu'il est excellent que l'avortement ait été légalisé ou que la peine de mort ait été supprimée sans pour autant considérer que ces réformes découlaient d'un droit de même nature que les droits de l'homme classiques.

La question est de savoir quel est le rôle des différentes institutions dans la définition de l'intérêt général ou du bien commun.

Une erreur fréquente chez les conservateurs ou chez certains démocrates jacobins consiste à considérer que le problème se résumerait à un conflit entre les droits et les libertés individuels et l'intérêt général. De nombreux aspects préoccupants de la dynamique en cours entraînent à mon sens également des développements susceptibles de compromettre les droits de l'individu tels qu'ils sont entendus de manière classique.

Certains développements visant à défendre les droits supposés des individus conduisent en effet à une remise en cause des droits de la défense – la présomption d'innocence étant considérée comme une entrave à la défense des droits des femmes, par exemple –, à des atteintes diverses à la liberté d'expression ou de recherche, ou encore à des critiques de la méritocratie dans les politiques de recrutement qui ne vont pas dans le sens des libertés individuelles. Ils aboutissent en outre, dans les discussions relatives au sexe et au genre, à de nouvelles interdictions flottantes de parole.

L'idée, familière aux conservateurs, selon laquelle nous souffririons d'une permissivité excessive, comme celle, familière aux démocrates jacobins, selon laquelle la perte de l'intérêt général constitue un point central, me paraissent donc insuffisantes.

Les questions centrales actuelles sont plutôt celle des conditions qui permettent à un individu de devenir un sujet et celle de la diversité des principes qui sont susceptibles de valoir dans les différentes sphères de justice – point sur lequel le philosophe américain Michael Walzer a écrit des textes profonds. La question du rôle des diverses institutions publiques dans le débat et la décision publics se pose dans ce contexte.

À la question de savoir si la judiciarisation a modifié les équilibres initiaux de la V^e République, je réponds par l'affirmative, tout en précisant que l'inverse est également vrai. La modification des équilibres initiaux du régime a favorisé en effet également la judiciarisation, notamment à travers le rôle croissant du Conseil constitutionnel.

Nous pourrions revenir par ailleurs sur la montée en puissance des droits européen et international au cours de nos échanges.

Je réponds également par l'affirmative à la question de savoir si le nouvel âge du droit concerne toutes les démocraties occidentales, comme à celle de savoir si la France tend à se rapprocher du modèle américain, où les tribunaux tranchent depuis longtemps des questions de société majeures. Cependant, les systèmes américain et français reposant sur des logiques initiales différentes, ils ne souffrent pas des mêmes pathologies.

Le Conseil constitutionnel n'est ainsi pas comparable à la Cour suprême américaine. Le premier rend des décisions qui, à la manière

française, sont supposées dire le droit. C'est d'ailleurs pourquoi l'on n'y fait pas apparaître les objections susceptibles de leur être opposées. Mais tout cela s'inscrivait dans une culture républicaine qui, même chez les meilleurs juristes, n'était pas entrée dans ce que nous pourrions presque appeler la fétichisation actuelle de l'État de droit.

Jean Carbonnier, dont on ne peut pas dire qu'il était un ennemi de l'État de droit, avait parlé dans son ouvrage intitulé *Droit et passion du droit sous la Ve République* d'une passion du droit susceptible de conduire à des excès de droit. Or ce qui n'était pas choquant pour un juriste d'autrefois – *summum jus, summa injuria* – est difficile à entendre aujourd'hui.

Georges Vedel, tout en défendant fermement les positions du Conseil constitutionnel, a dit à plusieurs reprises qu'il trouvait naturel que le Parlement ou le Congrès puisse remettre en question ses décisions par ce qu'il considérait comme l'équivalent d'un lit de justice.

Cette culture a des avantages et des inconvénients. Je me demande si elle existe encore aujourd'hui. Ce n'est pas certain.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Monsieur Garapon, dans votre ouvrage intitulé *Le Gardien des promesses - Justice et démocratie*, paru en 1996, vous observiez déjà une tendance à la judiciarisation. Vos analyses sont-elles toujours d'actualité ? Le phénomène s'accroît-il, et, le cas échéant, sous quelle forme ?

M. Antoine Garapon, magistrat, docteur en droit, ancien secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice. – La judiciarisation actuelle de la vie publique se distingue par trois caractéristiques.

Premièrement, le recours aux juges s'intensifie, ou, plus précisément, l'accusation publique épousant les termes du droit à la recherche d'un juge se développe fortement.

Deuxièmement, les juridictions sont sollicitées en dehors de leurs compétences traditionnelles.

Troisièmement, ce phénomène prend la place d'autres modes de régulation informels.

J'ai étudié la première vague de la judiciarisation de la vie publique dans les années 1990, après la chute du mur de Berlin. Comme Philippe Raynaud l'a souligné, celle-ci prend des formes différentes selon les cultures juridiques, mais elle est identique partout, à l'exception du Royaume-Uni.

Je tenterai de montrer les différences existant entre la première vague des années 1990 et la judiciarisation née de la pandémie actuelle.

En préambule, qui aurait songé à judiciariser la grippe espagnole ou la grippe de Hong Kong ?

La première vague de judiciarisation des années 1990 renvoie à la notion de *Total justice* de Lawrence Friedman, selon laquelle la justice

constitue un remède universel à toutes les difficultés, que celles-ci soient personnelles, familiales, nationales... Ce phénomène traduit l'effondrement des médiations sociales traditionnelles. Le juge ne devient pas un homme politique, mais l'homme politique devient à nouveau justiciable.

Cette époque est marquée par l'éclatement de l'affaire Urba-Gracco, la naissance du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ou encore l'affaire dite du sang contaminé, faisant naître le spectre d'un pouvoir criminel. Le mal a pour origine les personnes supposées nous protéger : le médecin inocule le poison, le prêtre corrompt la jeunesse, le père souille sa descendance et l'homme politique n'est plus au service de la population. Cette première vague s'est apaisée avec le vote notamment de la loi Fauchon.

Toutes les vagues se caractérisent par un phénomène de panique de la société, à la recherche de ses frontières morales. Par ailleurs, la libéralisation de la société est source d'inquiétude.

Le rebond actuel de la judiciarisation de la vie publique prend des formes nouvelles : le début de la pandémie s'est traduit par la multiplication des procès tous azimuts. Pas moins de 500 plaintes visant des ministres, des directeurs d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ephad) ou Santé publique France ont été déposées au parquet de Paris, pour les motifs d'inculpation les plus divers, tels que la mise en danger de la vie d'autrui ou encore les homicides et les blessures involontaires. Ces nouvelles incriminations ne répondent pas du tout à un droit pénal libéral qui se caractérise par l'établissement d'un fait précis.

Des centaines de plaintes ont également été déposées auprès de la Cour de justice de la République. Mais les plaintes visent toutes les strates de la société : le SAMU ou des amis et des cousins qui ne m'avaient pas dit qu'ils souffraient du covid-19. En Allemagne, c'est la « scientocratie » qui est visée.

On constate la même explosion de la judiciarisation au niveau supranational : la responsabilité de l'Union européenne ou de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) est mise en cause en matière vaccinale. Des sénateurs américains souhaitent traduire la Chine devant la Cour internationale de justice.

Il s'agit de l'une des caractéristiques de la démocratie d'opinion : ces nombreuses accusations participent de la dramatisation ambiante, mais, le plus souvent, elles ne se traduisent pas par des condamnations. Par exemple, les élus et les fonctionnaires territoriaux sont plus souvent mis en cause, mais les condamnations sont plutôt en baisse. Avant tout, c'est l'accusation publique qui est recherchée. Le numérique renforce le caractère viral de cette tendance : la plainte en ligne confère une dimension pétitionnaire à l'accusation. Aujourd'hui, il est possible de porter plainte contre l'État pour

1,90 euro *via* un formulaire ! Le but recherché est de faire masse, dans la lignée du mouvement #MeToo.

Cette logique exprime une attente, qui n'est pas sans rapport avec la mort. Aujourd'hui, on n'admet plus la mort naturelle et plus la présence de la mort grandit, plus la recherche de coupables se renforce. La recherche de responsabilité et la demande de justice sont liées à l'émotion sociale.

Dans les années 1990 subsiste encore l'idée d'un État tout puissant qui contrôle tout. Aujourd'hui, l'inquiétude est beaucoup plus profonde : l'État ne sait pas. Ceux qui savent sont des imposteurs et une panique morale d'un genre nouveau s'installe. La société n'a plus peur de la libéralisation, mais elle s'inquiète beaucoup du devenir de ce pouvoir qui ne dispose plus du savoir total sur la société. Les citoyens ne supportent plus l'imprévisibilité. Or c'est un fait de nature ! La pandémie actuelle en atteste.

Nous payons également notre incapacité à mener des réformes, comme celle de la Cour de justice de la République, alors que cette juridiction n'est pas à la hauteur des responsabilités qui lui sont confiées. La confiance générale de la société envers les institutions s'en ressent.

Mais le problème reste entier : comment parvenir à des institutions efficaces pouvant régler des problèmes insolubles ? À cet égard, je note deux phénomènes saillants. Premièrement, du fait des réseaux sociaux, la judiciarisation tient lieu d'action politique : faire de la politique revient à faire des procès - on le voit dans le domaine de l'écologie. Deuxièmement, on note une scission entre la parole et l'action. L'action politique s'éloigne au profit de la présence sur les réseaux sociaux. De nombreuses personnalités politiques considèrent qu'elles doivent faire une loi pour montrer qu'elles agissent.

Il en résulte une confusion entre le jugement et l'action politique. On attend des juges d'ordonner le chaos du réel, et de résoudre les défis qui devraient l'être par l'action politique.

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Monsieur Garapon, vous avez souligné la nécessité de disposer de bonnes institutions. Monsieur Raynaud, vous avez rappelé le sentiment d'impuissance du politique né parfois des réformes votées par le Parlement.

Il est urgent d'agir. L'action politique est infinie, alors qu'un jugement marque la fin d'une procédure.

Bien qu'il participe de la noblesse du débat politique, l'affrontement partisan est aujourd'hui décrié. Nos concitoyens considèrent que les juges conservent une forme d'indépendance, mais, au contraire des personnalités politiques, ceux-ci ne peuvent surmonter les contradictions de la société grâce au débat.

M. Antoine Garapon. - Penser la fonction juridictionnelle est une difficulté typiquement française, contrairement aux États-Unis, à

l'Allemagne et au Royaume-Uni. La France souffre d'une histoire tourmentée avec ses juges. Deux traditions concurrentes s'affrontent : celle des conseils d'une part, et celle des parlements et des juridictions, d'autre part.

Sous l'Ancien Régime, les parlements tourmentaient la couronne en exerçant une fonction constitutionnelle – perdue par la suite – et judiciaire. Les conseils – une autre grande tradition française – sont alors réapparus.

Aujourd'hui, rien n'a changé. Le Conseil d'État a bien rempli sa fonction de contrôle durant la crise sanitaire et il a servi d'exutoire aux protestations des citoyens. La pandémie a donné un nouveau souffle au gouvernement au travers des conseils, aux dépens du conseil des ministres, comme en témoigne la création du conseil scientifique ou du conseil de défense sanitaire par exemple. Toutefois, les conseils ne disposeront jamais de la plénitude du pouvoir juridictionnel.

En face, les juges constituent les éternels exilés de la chose politique. Ils disposent entièrement du pouvoir juridictionnel, mais ils sont parfois frustrés à l'égard du pouvoir politique.

Comme cette question n'a pas été résolue, la situation reste bloquée dans notre pays. Pour surmonter cette difficulté, il faut penser sereinement la fonction juridictionnelle et définir clairement les institutions dont nous avons besoin sur le long terme.

M. Philippe Raynaud. – Il est important de distinguer la place des magistrats dans le système politique et le problème de la pénalisation de l'action publique. Ce sont deux choses très différentes.

Les pathologies françaises nourrissent la présence des magistrats dans le débat politique. Comme l'ont montré Olivier Beaud et Jean-Michel Blanquer dans *Le Principe irresponsabilité*, la France souffre d'un surinvestissement de la responsabilité pénale, contrepoint de la faiblesse de la responsabilité politique. Seule la mise en examen d'un ministre peut le pousser à la démission, ce qui n'est pas le cas dans d'autres démocraties où une telle décision n'est pas synonyme de déshonneur.

Nous devrions nous interroger sur le lien existant entre le développement du présidentielisme sous la V^e République et l'invasion des juridictions dans la vie publique. Ces phénomènes constituent les deux faces d'une réalité semblable. Toutefois, je précise que je ne suis pas favorable à la VI^e République, même si je n'apprécie pas énormément la V^e.

De plus, l'histoire politique française montre que la justice peut parfois apparaître comme un moyen de vengeance politique. C'est étrange ! Lors de la mise en accusation d'Agnès Buzyn, certains ont voulu refaire le procès de Riom, comme si ce dernier avait pu débiter dès 1939 ! Nous sommes décidément un pays original.

Le climat politique actuel aggrave cette situation : le sentiment d'impuissance politique – au demeurant très exagéré – est entretenu par des

demandes largement excessives à l'égard du pouvoir politique. Comme le soulignait Antoine Garapon, nos concitoyens ne supportent pas l'imprévisibilité : c'est très ennuyeux dans une société ouverte. L'imprévoyance est ainsi la principale critique adressée aux gouvernants.

Quels sont les moyens institutionnels pouvant remédier à cette situation ? Une partie de la surcharge imposée aux juridictions provient de défaillances constatées dans l'organisation de la décision publique. Certains problèmes actuels seront moins prégnants lorsque des solutions auront émergé grâce à l'amélioration de notre système politique. Mais je suis conscient que ce n'est pas un programme électoral très séduisant !

M. Étienne Blanc. – La Constitution mentionne non pas le pouvoir judiciaire, mais l'autorité judiciaire. Ce terme est-il toujours adapté à la situation actuelle ? Les échecs politiques peuvent-ils être surmontés grâce à des décisions de justice ?

La judiciarisation de la vie publique est-elle différente entre les pays appliquant le droit continental et ceux dont le système juridique est fondé sur la *common law* ? Cette distinction est-elle toujours pertinente ?

Mme Agnès Canayer. – Tous les étudiants en droit apprennent que nos démocraties libérales reposent sur le principe de la séparation des pouvoirs.

Je souscris à votre constat : la judiciarisation de la vie publique a pour origine la faiblesse de la responsabilité politique. Estimez-vous nécessaire d'encadrer le pouvoir judiciaire, irresponsable devant le peuple et soumis à peu de contraintes ?

Pensez-vous que le droit européen renforce ce phénomène ?

Mme Dominique Vérien. – Ne faut-il pas renforcer plutôt le pouvoir politique que le pouvoir judiciaire ? Peut-on envisager que des instances comme le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État limitent elles-mêmes leur action ? Faut-il encadrer leur champ d'action ? Parfois, ces instances font de la politique.

Monsieur Raynaud, vous avez souligné que l'on ne pouvait pas se limiter au conflit entre droit individuel et intérêt général. Aujourd'hui, lorsqu'on plaide en justice, ne défend-on pas davantage la victime que la société ?

M. Jean-Baptiste Blanc. – Quel est votre sentiment sur la soif de justice de la société ? Il est fréquent que plusieurs juges soient saisis dans une affaire, en vue de combler les frustrations d'un premier jugement négatif.

Depuis quelques années, les prérogatives des juges ont été renforcées. Pensez-vous qu'il faut poursuivre dans cette voie ? Comment réguler cette soif de justice, derrière laquelle se cache une soif de droit pénal ? Ne faudrait-il pas plutôt renforcer le dialogue entre les juridictions ?

M. Philippe Raynaud. – Une querelle éternelle entoure la distinction entre autorité judiciaire et pouvoir judiciaire. C'est un *topos*, surtout chez ceux qui s'inquiètent à ce sujet. Toutefois, ce débat n'est pas aussi important qu'on le dit : il convient plutôt que les sphères soient bien identifiées.

Dans la doctrine initiale, il s'agit de distinguer les fonctions et les capacités de riposte des pouvoirs les uns envers les autres. Actuellement, l'incertitude entourant les fonctions entraîne des conflits inévitables entre les pouvoirs.

L'extension de la compétence pénale résulte d'un héritage de l'Ancien Régime : les procureurs occupent une place singulière et importante dans le système français, au contraire des avocats.

Le droit européen est issu d'un système particulièrement complexe : l'Union européenne est une semi-fédération sans Constitution et une organisation sans pouvoir. Certes, cela crée des difficultés, mais il est exagéré de présenter les effets de la construction européenne comme la cause des dysfonctionnements français.

Plusieurs difficultés tirent leur origine non pas du droit international, de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), mais bien de la surenchère à laquelle se livrent certaines juridictions françaises afin d'outrepasser leurs compétences.

Les rapports entre les pouvoirs sont en cours de redéfinition.

M. Antoine Garapon. – Quand Montesquieu parle de pouvoir judiciaire, il entend diminuer l'autorité quasi religieuse dont bénéficiaient les juges.

S'agissant des pays soumis à la *common law*, les États-Unis font face à une politisation importante de leurs juridictions, notamment la Cour suprême. Or le pays est très divisé et fait face à de grandes difficultés. Les juges hésiteront à prendre des décisions très marquées afin de ne pas nuire à la cohésion de la société.

Le Royaume-Uni s'est rapproché du modèle du droit continental – et non l'inverse –, comme en témoigne notamment la création d'une école de la magistrature et d'un conseil supérieur de la magistrature.

Les influences vont dans les deux sens. La technique du précédent, utilisée notamment dans le droit des affaires, est beaucoup plus sécurisante pour les parties que la loi générale et impersonnelle. L'introduction du *plea bargaining* – la technique du plaider-coupable – est efficace et soulage les juridictions.

Il n'en demeure pas moins que le législateur est aussi responsable de la judiciarisation de la vie publique. Les lois de dispositions pénales en témoignent. De plus, les lois sont souvent des produits semi-finis : la fin du

travail devra être accompli par le juge administratif ou le juge judiciaire, ce qui pose problème.

Bien qu'ils travaillent dans des conditions dégradées, les juges refusent d'être déchargés d'une partie – même infime – de leurs compétences.

Il convient plutôt de rendre les institutions judiciaires plus efficaces. Une plus grande implication des professionnels, tels que les avocats ou les professeurs de droit, est souhaitable.

Le personnel politique connaît mal le monde de la justice, d'où des réactions empreintes de colère émanant de part et d'autre.

La justice remplit de plus en plus une fonction de reconnaissance sociale dans nos sociétés. On demande au droit de trancher des questions qui ne sont pas de son ressort, à l'image des conflits relatifs à l'euthanasie. La justice remplit un rôle par défaut, autrefois occupé par la religion.

On gagnerait un temps précieux à autoriser la Cour de cassation à citer les décisions judiciaires précédentes sur lesquelles elle s'appuie pour motiver ses décisions. Le procès pénal comporte trop de garanties inopérantes, qui ralentissent l'action de la justice. Ces questions ne sont jamais traitées au fond.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie pour vos interventions.

Audition de Mme Pascale Joannin, directrice générale de la Fondation Robert Schuman, et M. Jacques Ziller, professeur de droit européen à l'université de Pavie, ancien professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

(Mardi 11 janvier 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie d'avoir accepté de participer à cette audition organisée dans le cadre de notre mission d'information sur la juridiciarisation de la vie publique. Notre mission s'intéresse à la place grandissante des juridictions nationales et européennes dans la production de la norme, dans la décision publique, ainsi qu'à son impact sur le fonctionnement de notre démocratie. Le rejet des institutions, la méfiance vis-à-vis de la construction européenne ne peuvent-ils s'expliquer, au moins en partie, par l'impression d'un certain nombre de nos concitoyens que le pouvoir politique est aujourd'hui entravé par diverses jurisprudences de plus en plus contraignantes ?

C'est naturellement sur la dimension européenne de ce sujet que nous vous inviterons à vous exprimer. Certaines décisions récentes de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont donné lieu à un débat dans notre pays, par exemple celle sur la durée de conservation des données de connexion et celle sur le temps de travail des militaires. Certains ont

reproché à la Cour de justice de s'aventurer sur un terrain régalien, qui n'est pas au cœur des compétences de l'Union européenne. Il nous serait donc intéressant d'entendre vos réflexions sur ce sujet.

Traditionnellement, lorsque le législateur n'était pas satisfait de l'interprétation que les tribunaux donnaient d'une disposition, la solution était simple : le pouvoir politique reprenait la main en modifiant la disposition litigieuse. Avec le droit européen, la solution est plus difficile à mettre en œuvre puisque la révision des traités suppose un accord à vingt-sept, qui peut être long à obtenir. Par conséquent, il apparaît que les juridictions européennes, mais aussi les juridictions nationales lorsqu'elles appliquent le droit européen, peuvent désormais développer leurs jurisprudences sans véritable force de rappel. La difficulté est bien sûr la même concernant la Convention européenne des droits de l'homme.

L'approche de droit comparé nous intéresse, et peut-être pourrez-vous nous dire M. Ziller, dans la mesure où vous travaillez actuellement en Italie, si nos voisins transalpins connaissent le même débat concernant la place des juridictions face au pouvoir politique.

Vous avez reçu un questionnaire indicatif précisant les préoccupations du rapporteur. Je vais vous laisser la parole pour une intervention liminaire, qui vous permettra de répondre à tout ou partie de ces questions, puis nous aurons un temps d'échanges.

Enfin, je vous prie d'excuser l'absence d'un certain nombre de nos collègues qui s'explique par l'inscription à l'ordre du jour cet après-midi de l'examen du texte sur le passe vaccinal.

Mme Pascale Joannin, directrice générale de la Fondation Robert Schuman. - N'étant pas juriste, je vais vous donner le point de vue d'une praticienne de l'Europe en poste à la Fondation Robert Schuman, qui porte le nom d'un des pères fondateurs de l'Union européenne.

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, qui se distingue du droit de la Cour européenne des droits de l'homme, qui dépend du Conseil de l'Europe, il faut rappeler tout d'abord que l'Europe s'est construite par et pour le droit. C'est une construction juridique, appuyée sur un certain nombre de traités, depuis celui de Paris en 1951 jusqu'aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cette construction européenne est unique sur la scène mondiale. Ce n'est pas une organisation internationale comme l'Organisation des Nations unies (ONU) ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), et ce n'est pas non plus un État. Pour autant, il s'agit d'une puissance. Lorsqu'on regarde aujourd'hui le G20, le vingtième membre est l'Union européenne, même si des États membres de l'Union européenne y appartiennent à part entière. De même, avec le G7, qui rassemble les sept pays les plus industrialisés et démocratiques : la présidente de la Commission européenne et le président du Conseil européen sont associés

aux séances de travail des différents sommets. Vous me permettrez d'avoir une pensée pour le président du Parlement européen qui est malheureusement décédé cette nuit des suites d'une longue maladie.

Sa puissance normative et juridique est le *soft power* de l'Union européenne, qui ne détient d'ailleurs pas beaucoup de *hard power*. L'Union européenne s'est construite à partir de six États souverains, vingt-sept aujourd'hui, qui ont décidé volontairement et délibérément d'exercer en commun quelques compétences, considérant qu'elles seraient mieux exercées au niveau européen qu'au niveau national. Les compétences exclusives de l'Union concernent le commerce, la concurrence, le droit douanier ou encore la politique monétaire pour les pays de la zone euro. Je reviendrai sur le sujet de la politique monétaire qui a donné lieu à des interprétations par la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe. Il y a donc bien une union librement consentie d'États qui, volontairement, sans contrainte, mettent en commun des compétences. Dans ce champ restreint, la Commission européenne a le monopole de l'initiative. Le Parlement européen est un législateur, mais il n'y a pas comme en France, pour l'instant, des propositions de loi émanant de parlementaires européens. Tout texte est mis sur la table par la Commission européenne, avant d'être examiné par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. Depuis dix jours, la France préside le Conseil de l'Union européenne avec la mission de coordonner les travaux, afin d'aboutir à une position commune au sein de ce Conseil, puis éventuellement, ensuite, dans le cadre de trilogues, avec le Parlement européen.

Le droit européen repose sur des traités dont les premiers articles énoncent que les règles de droit et l'État de droit sont des valeurs inhérentes à l'Union européenne. Quand on adhère à l'Union européenne, on adhère à un corpus juridique. Les pays qui ont accepté de rejoindre l'Union européenne l'ont fait généralement avec une légitimité populaire, puisque, notamment pour les dernières adhésions, elles ont été approuvées par référendum. Les populations ont dit qu'elles souhaitaient rejoindre l'Union européenne. Elle ne s'est donc pas étendue de façon tentaculaire, annihilant les nations qui la composent, à la manière d'un *Léviathan* empiétant sur les compétences des États.

Le droit européen fait peut-être peur, car ce ne sont pas les États qui le mettent en place et qu'il est fait par d'autres. Toutefois, la composition de la CJUE devrait rassurer : y siègent des magistrats représentant chacun des États membres. Ils ne sont pas tirés au sort, leur nombre suit celui des États membres et il y a un avocat général. Tous ces éléments indiquent qu'il ne s'agit pas d'une organisation supranationale qui viendrait supplanter les États.

La Cour de justice et le Tribunal de première instance affirment régulièrement l'effet direct des traités et la primauté du droit de l'Union sur le droit interne, et cela depuis les années 1960, avec les arrêts fondamentaux

Van Gend en Loos en 1963 et *Costa contre Enel* en 1964. La Cour a été saisie de ces questions par des juridictions nationales pour dire ou interpréter le droit. L'arrêt *Van Gend en Loos* a été rendu à la suite d'une saisine par un tribunal néerlandais, tandis que l'arrêt *Costa contre Enel* a été rendu sur renvoi préjudiciel d'une juridiction italienne. La pratique des questions préjudicielles s'est développée avec la transformation de l'Union européenne, passant d'une union économique à une union plus générale.

Certains faits d'actualité créent une émotion ou mettent en évidence la nécessité d'agir ensemble, qu'il s'agisse des questions migratoires, ou encore du domaine de la santé, qui n'est pas une compétence de l'Union européenne. Il y a deux ans, au début de la crise sanitaire, l'Europe a été tentée de revenir à ses vieux démons, avec chaque pays qui refermait ses frontières. En bref, l'Europe n'était plus là. Un an plus tard, parce qu'il y a eu une volonté des États membres de s'unir, l'Union européenne a permis à la population d'être vaccinée, de distribuer des vaccins dans tous les États membres et d'exporter des vaccins. Aujourd'hui, c'est l'Union européenne qui exporte le plus de vaccins. Ce sont des laboratoires européens qui en sont à l'origine. BioNTech est une société allemande, même si la production et la commercialisation du vaccin ont été réalisées par une compagnie américaine. De même, le vaccin AstraZeneca a été conçu dans un laboratoire de l'université d'Oxford, lorsque le Royaume-Uni appartenait encore à l'Union européenne.

Si l'Europe n'avait pas agi, alors qu'elle n'a qu'une compétence d'appui en matière de santé, elle aurait été critiquée pour son inaction. L'Europe a réagi dans un moment dramatique. Elle a essayé d'apporter une solution au bénéfice des citoyens.

Le droit européen dérange parfois, mais il est protecteur. Il protège contre les tentations que pourraient avoir certains États d'outrepasser leurs pouvoirs. Le juge européen veille au respect des traités, il peut être interrogé par les États pour essayer de préciser des questions de droit, mais il peut aussi rappeler à l'ordre les institutions européennes lorsque c'est nécessaire. En outre, il peut être invoqué par les particuliers pour protéger des acquis communautaires, tels que la protection des consommateurs.

Ce droit s'applique non seulement aux États, aux institutions et aux citoyens de l'Union européenne, mais aussi aux opérateurs extérieurs qui œuvrent sur le territoire de l'Union européenne. Par exemple, le Règlement général sur la protection des données (RGPD) s'applique à toutes les entreprises mondiales qui interviennent sur le territoire de l'Union européenne.

L'un des grands acquis de l'Union européenne est le marché unique, qui attire toutes les convoitises, chinoises, américaines, russes et autres. C'est le premier marché au monde, avec 447 millions de consommateurs disposant d'un haut pouvoir d'achat. Le marché unique implique nécessairement des

règles uniques pour éviter les déséquilibres et la concurrence entre États, au risque de devenir un marché inique.

En ce qui concerne les décisions relatives à la conservation des données et au statut d'emploi des militaires, qui illustreraient un pouvoir trop important de l'Union européenne par rapport à des décisions nationales, je tiens tout d'abord à préciser qu'il s'agissait d'interprétations demandées par les États. Dans les deux cas, il y a eu un dialogue entre la CJUE et les juridictions nationales. Le Conseil d'État s'est ensuite prononcé, en avril 2021 pour la conservation des données et en décembre de la même année pour le statut des militaires. Le juge a protégé le droit des citoyens d'avoir une conservation des données qui ne soit pas excessive, sous réserve de la possibilité pour les autorités nationales compétentes d'avoir accès à ces données pour pouvoir traquer les personnes soupçonnées de terrorisme ou de grande criminalité. Il est donc possible de conserver certaines données accessibles à certaines autorités à condition que cette conservation soit bien réalisée pour le but pour lequel elle a été requise. De même pour le statut des militaires, la Cour a estimé que le respect par l'Union des fonctions essentielles de l'État, qui comprend notamment les missions de forces armées des États membres, n'implique pas de nier tout encadrement du temps de travail des militaires. Ces derniers ont des droits à faire valoir, et il convient de distinguer pour cela les missions particulières, lorsque les militaires sont en opération extérieure, des autres périodes dans leur carrière.

Enfin, à propos de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), cette institution dépend, comme vous le savez, du Conseil de l'Europe qui est composé de quarante-sept États membres. Elle applique la convention européenne des droits de l'homme, entrée en vigueur en 1953. La Turquie et la Russie sont les États les plus souvent condamnés, ce qui n'est guère surprenant dès lors qu'il s'agit de démocraties toutes relatives. La Cour veille au respect des droits fondamentaux dans tous les pays qui sont partie à la convention. Il convient de relever que l'Union européenne dispose d'une Charte des droits fondamentaux qui est une source de droit au même titre que les traités.

M. Jacques Ziller, professeur de droit européen à l'université de Pavie, ancien professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne – Dans le questionnaire qui m'a été adressé, vous m'avez interrogé, M. le rapporteur, sur un texte publié en mon nom par l'institut Jacques Delors, intitulé : « *Primauté du droit européen : une fausse querelle juridique, un non problème politique* ». Mon étude s'intitule en réalité : « *Primauté du droit européen : de quoi parle-t-on ?* », mais j'ai accepté ce premier titre qui décrit bien la problématique qui nous intéresse aujourd'hui.

La primauté du droit européen est une fausse querelle juridique qui passionne les spécialistes du droit mais pas le grand public. Ces fausses querelles reposent sur une vision incomplète et tendancieuse de la

jurisprudence. Dans le débat politique, en France mais aussi dans d'autres États membres, des conflits entre les juridictions nationales, d'une part, et la CJUE et la CEDH, d'autre part, sont montés en épingle. Or, dans les faits, ces conflits sont extrêmement rares puisqu'en 70 ans d'existence de ces deux institutions, plusieurs milliers d'arrêts ont été rendus – la CJUE et le Tribunal de l'Union européenne rendent en moyenne 1 000 arrêts par an et la CEDH plusieurs centaines – et une dizaine d'entre eux seulement a donné lieu à des conflits avec les juridictions nationales. Ce fut le cas notamment en France entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), ancêtre de la CJUE, dans les années 1960. Il ne s'agit pas d'un problème politique, à mon avis, à l'exception de la récente décision de la soi-disante Cour constitutionnelle polonaise, qui pose véritablement question car l'autorité judiciaire a obéi aux ordres de son gouvernement qui tentait de se protéger de règles européennes jugées gênantes. En règle générale, les décisions de justice ne sont pas politiques en soi mais elles sont instrumentalisées à des fins politiques.

Dans mon étude, j'ai d'abord tenu à souligner ce qu'est la primauté du droit de l'Union qui n'est rien d'autre que l'application du principe classique de droit international « *pacta sunt servanda* », selon lequel les traités doivent être exécutés par les parties. Je rappelle que l'article 55 de la Constitution dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». La Constitution française se borne donc à traduire ce principe de manière très claire. Par ailleurs, on parle de primauté et non pas de suprématie du droit européen. Pour illustrer la différence entre ces deux concepts, j'ai l'habitude de citer les conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange, conseiller d'État qui a rédigé la première mouture du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et qui a très bien résumé l'affaire *Costa contre Enel* en 1964 : « *le problème est celui de la coexistence de deux normes juridiques contraires (par hypothèse) et également applicables dans l'ordre interne, l'une émanant du traité ou des institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales : laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété ? Telle est la question.* » Il me semble qu'il est important de rappeler ces mots car le grand public mais aussi certains spécialistes du droit ont tendance à magnifier le concept de primauté du droit européen. Il est vrai que l'ensemble du droit de l'Union, et pas seulement les traités, s'applique en cas de conflit avec une règle nationale. Cependant, il ne s'agit pas d'une primauté absolue car, d'une part, celle-ci peut être limitée dans certains cas et, d'autre part, parce qu'elle conserve un caractère transitoire. Dans les faits, lorsqu'un parti dispose d'une forte majorité au Parlement, il demeure plus facile de modifier la loi que de modifier les traités. En revanche, dans la plupart des États membres, il n'est pas plus aisé de modifier la Constitution que les traités.

Dès lors, la question principale est la suivante : que se passe-t-il en cas de contradiction entre le droit interne et le droit européen ? Pour répondre à cette interrogation, je vous citerai les vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République adressés il y a cinq jours : « *Tout en réaffirmant que la Constitution est la norme juridique suprême de notre ordre interne, notre décision montre que cette notion d'identité constitutionnelle de la France n'est pas nécessairement un obstacle à l'application du droit de l'Union européenne. Le Conseil se garde ainsi, à dessein, de solutions qui lui apparaissent moins respectueuses de la bonne articulation entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux et qui sont apparues dans la jurisprudence d'autres cours constitutionnelles de notre continent.* » Le Président du Conseil constitutionnel fait ici référence à la décision de la Cour constitutionnelle polonaise qui est très particulière en ce qu'elle n'est pas indépendante du pouvoir politique, mais surtout au jugement de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020. Par cette décision, la Cour a prétendu pouvoir vérifier elle-même le respect par la CJUE des compétences attribuées à l'Union européenne. Or, le Conseil d'état français a rappelé, dans son arrêt du 21 avril 2021, qu'il n'appartenait pas aux juridictions administratives nationales de se prononcer sur cette question. Si les États membres sont mécontents de la façon dont la CJUE interprète les traités, il est toujours possible, bien que difficile, de modifier les traités. À titre d'exemple, dans les années 1990, la CJCE a développé une jurisprudence qui faisait obstacle au maintien de certaines dérogations dont bénéficiaient les départements et régions d'outre-mer. Avec le traité d'Amsterdam de 1997, les États membres ont inséré un nouvel article sur les régions ultrapériphériques pour donner une assise juridique plus solide à ces dérogations.

Je conclurai en évoquant la question très actuelle du « bouclier constitutionnel » qui consiste à prôner une modification de l'article 55 de la Constitution. Je rappelle que jusqu'en 1975, la Cour de Cassation et le Conseil d'État se refusaient à contrôler la conformité des lois françaises aux traités en estimant que seul le Conseil constitutionnel était habilité à le faire. La théorie de la loi-écran, selon laquelle la loi fait écran entre les actes administratifs et l'article 55 de la Constitution, empêchait donc le contrôle de conventionnalité de ces normes. En 1975, le Conseil constitutionnel a affirmé, dans sa décision portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, que les juridictions ordinaires avaient au contraire l'obligation de vérifier la conformité des lois au droit de l'Union européenne. Une modification de l'article 55 de la Constitution pour éviter l'application du principe « *pacta sunt servanda* » serait donc non seulement contraire au droit international mais porterait gravement atteinte à la réputation de la France au sein de la communauté internationale.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – En guise de préambule, je souhaiterais vous rappeler que notre mission d'information n'a pas de mauvaises intentions. Nous ne voyons que des avantages à ce que les valeurs

de l'État de droit se développent. Il n'est pas question de défendre l'idée selon laquelle tous les pouvoirs, y compris l'autorité judiciaire, devraient se soumettre au pouvoir politique en France et dans l'Union européenne. Il n'est cependant pas interdit de s'interroger sur l'origine des signaux de tension que nous percevons au sein de la société française et sur les différentes régulations à mettre en œuvre pour les apaiser.

Notre sujet est d'une double nature. Premièrement, nous entendons nous intéresser à la notion d'État de droit, consacrée à l'article 2 du traité de l'Union européenne et qui est donc au cœur de notre système politique et juridique. L'État de droit n'est pas à l'origine une notion française mais allemande, connue des Anglo-Saxons à travers le concept de « *rule of law* ». La tradition juridique française s'est en effet construite sur le principe de la primauté de la loi. La notion d'État de droit pose donc la question de la place de la loi qui pourrait être écartée au profit de ce principe supérieur. Cette problématique est évidemment intimement liée à la place du Parlement au sein de la vie publique.

Deuxièmement, il me semble que la primauté du droit de l'union européenne sur notre droit national, à l'exception de nos règles constitutionnelles, était communément acquise. Toutefois il nous est régulièrement rappelé par les institutions européennes que le droit de l'Union européenne prime y compris sur la Constitution. Didier Reynders, commissaire européen à la justice, nous l'a ainsi confirmé lors de son audition récente par nos commissions des lois et des affaires européennes. Or telle n'est pas l'appréciation de nos plus hautes juridictions que sont le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation ou encore le Conseil d'État.

N'avez-vous pas le sentiment que cette situation conduit à s'interroger sur l'efficacité de l'action publique et de la politique nationale ? Comment pourrait-on réguler les tensions qui se font jour ?

Mme Pascale Joannin. – Lorsqu'il semble y avoir contrariété avec un traité, que la France a librement accepté, elle peut modifier la Constitution et elle l'a déjà fait. Cela relève de la libre appréciation du pouvoir politique. Dans l'histoire française jusqu'à présent, tous les présidents de la République ont été des Européens convaincus. Aujourd'hui il existe des partis politiques qui contestent le rôle de l'Union européenne, mais leur retentissement est proportionnellement plus important que le nombre des élus concernés. Le discours de certains d'entre eux a d'ailleurs évolué car les citoyens français étaient en majorité opposés aux orientations qu'ils défendaient.

Il y a aussi me semble-t-il un travail de pédagogie à faire ; peu d'élus s'intéressent aux questions européennes, hormis les deux excellentes commissions des affaires européennes du Sénat et de l'Assemblée nationale et, bien sûr, les parlementaires européens. Il serait intéressant de renforcer les échanges entre les élus nationaux – parlementaires ou élus locaux – et européens ; ainsi que nos efforts de communication en France envers les

citoyens sur les apports concrets de l'Union européenne, dans le financement de projets régionaux par exemple. La querelle française récente sur le drapeau européen a beaucoup choqué à Bruxelles. Il faut mieux expliquer ce que fait l'Europe et le Parlement a un rôle à jouer en la matière.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Il me semble qu'il y a actuellement un niveau de tension et de défiance envers les institutions européennes assez important. Dix pays membres – la France n'en fait pas partie – ont par exemple écrit à la présidente de la Commission européenne pour lui demander de financer la construction de murs aux frontières de l'Union européenne, ce qui est contraire aux traités européens. L'adhésion pleine et entière des pays et des peuples à l'Union européenne peut-elle toujours être considérée comme acquise ?

Mme Pascale Joannin. – Nous avons bien conscience de ce niveau de tension. Je constate toutefois que les compétences de l'Union européenne ne sont pas très nombreuses et requièrent toujours une coordination avec le niveau national. Les pays d'Europe centrale ne sont pas en outre tous opposés *a priori* à la construction européenne. Sur la question de la construction de murs que vous évoquez, il s'agit de politique migratoire, or ce n'est pas une compétence de l'Union européenne. Ce sujet sensible exige de la bonne volonté et la coopération de tous les pays. Il faut du bon sens pour arriver à une issue positive. J'exclus de ce raisonnement la Pologne et la Hongrie qui se sont mises en difficulté vis-à-vis de l'Union européenne. Lorsqu'un pays membre de l'Union européenne ne respecte pas l'État de droit, il existe deux options : soit il modifie ses institutions pour respecter ces principes fondamentaux, soit il quitte l'Union européenne. Il est hors de question à mon sens de revoir l'acquis communautaire parce que l'Europe est mal perçue, souvent d'ailleurs pour son inaction dans des domaines qui ne sont pas de sa compétence. Lorsque certains pays membres sont en difficulté, par exemple l'Espagne et la Grèce, pour accueillir des migrants, il appartient aux pays européens de trouver ensemble une solution et d'être solidaires : il en va de l'intérêt de toute la société.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Monsieur Ziller pouvez-vous exposer votre analyse selon laquelle la primauté du droit de l'Union européenne vient de la Constitution elle-même et la définition de l'identité constitutionnelle de la France serait une prérogative de la Cour de justice de l'Union européenne ?

M. Jacques Ziller. – J'ai tout d'abord une observation sur le concept d'État de droit qui, vous avez raison, est issu du droit allemand. Les termes de « *rule of law* », utilisés dans la Convention européenne des droits de l'homme et signifiant « prééminence du droit », me semblent plus justes. Je rappelle que la Convention européenne des droits de l'homme, dont le texte doit beaucoup à René Cassin et Pierre-Henri Teitgen, a été ratifiée par la France grâce notamment à l'action du Président du Sénat de l'époque. Les travaux préparatoires de cette convention nous confirment que la notion de

« prééminence des droits » inclue la protection des droits de l'homme mais aussi la protection de la minorité contre les possibles excès de la majorité du moment. En 1974, la révision de la Constitution française permettant la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés ou sénateurs visait précisément à protéger les droits d'une minorité parlementaire.

Sur le principe de primauté du droit de l'Union européenne, je vous confirme que selon moi, d'un point de vue juridique, ce principe vient pour la France de la Constitution de 1958 elle-même, de son article 55 et du Préambule de la Constitution de 1946. La primauté est relative puisqu'elle ne s'applique qu'en cas de conflit entre deux règles, l'une européenne et l'autre nationale, qui peut être une règle constitutionnelle. La primauté du droit de l'Union européenne y compris sur la Constitution n'est pas nouvelle, la Cour de justice de l'Union européenne l'a confirmée en 1975 après l'avoir affirmée pour la première fois dans son arrêt *Costa contre Enel* de 1964. Nous avons en outre vu depuis les années 2000 se développer, sous l'influence allemande, la notion « d'identité constitutionnelle » que le Conseil constitutionnel français a reprise à son compte. Elle ne peut être définie que par un dialogue entre la cour constitutionnelle et le Gouvernement de l'État membre. Il s'agit des principes constitutionnels fondamentaux et non de toutes les règles de la Constitution. Il est plus aisé de les identifier en Allemagne, car un article de la loi fondamentale interdit sa révision concernant certains principes notamment ceux relatifs aux droits de l'homme.

Il ne faut toutefois pas confondre cette notion avec l'identité constitutionnelle évoquée à l'article 4 du Traité de l'Union européenne, qui est une notion européenne. Il est en effet nécessaire que la CJUE évite les révisions constitutionnelles d'États membres sur des sujets ponctuels, en cas d'opposition à une directive par exemple. Au mois de décembre dernier, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe selon lequel certaines activités de service public de maintien de l'ordre ne peuvent être déléguées à des personnes privées faisait partie de l'identité constitutionnelle de la France. C'est une décision « préventive » en quelque sorte car aucun texte de l'Union européenne n'impose aujourd'hui aux États membres de déléguer une telle compétence à une personne privée. Dans l'hypothèse où la CJUE serait saisie d'une question préjudicielle, elle pourrait répondre que le droit de l'Union européenne ne l'empêche pas, mais ne l'impose pas non plus, ce choix devant rester du ressort des États.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Vous avez appelé de vos vœux un dialogue entre les juges et les élus nationaux et européens. Comment mettre en place un dialogue entre les juges et la société civile ? Le contrôle du principe de subsidiarité *via* l'article 88-6 de la Constitution, qui permet au Parlement d'émettre des avis motivés ou de saisir la CJUE pour violation du principe de subsidiarité, pourrait-il à votre avis être mieux utilisé dans cet objectif ?

Mme Pascale Joannin. – La procédure dite du « carton jaune » n’a été enclenchée que trois fois, dont une seule a abouti au retrait de son texte par la Commission européenne. Le carton orange n’a jamais été enclenché. Ces procédures pourraient en effet être mieux utilisées au bénéfice d’un dialogue entre Parlements ; non pas dans un but d’opposition systématique à l’Union européenne mais plutôt pour favoriser l’exercice des compétences de chacun au bon niveau.

Je souhaiterais par ailleurs préciser sur l’État de droit qu’il convient de distinguer la population d’un pays de ses gouvernants : en Pologne et en Hongrie, des études montrent qu’environ 80 % de la population souhaite rester dans l’Union européenne et est donc davantage pro-européenne que ses dirigeants politiques.

M. Jacques Ziller. – Je suis les travaux de la commission des affaires européennes du Sénat depuis quinze ans et je considère que son travail est tout à fait remarquable.

J’estime toutefois peu efficace la procédure du « carton jaune » car il est compliqué d’atteindre la majorité de chambres parlementaires requise parmi les vingt-sept États. De plus, l’institution à qui il est adressé – la Commission européenne – n’est pas pertinente puisqu’elle n’est pas législateur ; en conséquence cela n’a strictement aucun effet si le Conseil ou le Parlement européen n’en tiennent pas compte.

Le travail accompli par le Sénat ou par d’autres chambres parlementaires consistant à prendre, par la voie de résolutions communiquées à la Commission et aux autres parlements, des positions sur le fond des dossiers et des projets d’actes juridiques me paraît bien plus utile. Je peux vous assurer que la Commission européenne étudie avec attention ces observations et les prend davantage en compte aujourd’hui. La difficulté est d’harmoniser les positions des assemblées des différents pays, dont les intérêts ne sont pas forcément convergents.

La CJUE a très souvent été saisie du grief de violation du principe de subsidiarité, mais elle n’a jamais annulé un texte européen pour ce seul motif. Cela serait sans doute différent si un recours était fait au nom du Parlement.

M. Philippe Bonhecarrère, rapporteur. – Les décisions récentes de la CJUE sur le temps de travail des militaires ou sur le recueil de données personnelles aux fins de renseignement ont beaucoup interrogé les milieux politiques les plus européens. Que penseriez-vous d’une intervention plus régulière des parlements nationaux devant la CJUE ou même la CEDH ?

M. Jacques Ziller. – Les Gouvernements des États membres peuvent toujours présenter des observations dans le cadre de chaque procédure devant la CJUE ; les commissions des affaires européennes pourraient donc faire remonter plus régulièrement leurs points d’attention au Gouvernement afin qu’il les intègre à son argumentaire. Cela exige une coopération

renforcée entre le Sénat et l'Assemblée nationale, le secrétariat général des affaires européennes, le ministre en charge de l'Union européenne, pour avoir une position commune et cohérente. L'idée de recourir plus fréquemment à cette démarche est une bonne idée à laquelle, je crois, la CJUE pourrait être sensible.

Recourir à une démarche dite d'*amicus curiae*, sous la forme d'un texte présenté publiquement à la CJUE sans être partie à la procédure, pourrait également être intéressant. Il est trop souvent reproché à la CJUE d'inventer des arguments ; or elle ne fait que répondre aux questions qui lui sont posées par les requérants et les États membres.

Mme Pascale Joannin. – Rien n'empêche en effet le Gouvernement de travailler à une argumentation avec le Parlement. Sur la question du temps de travail des militaires il aurait en effet été préférable d'avoir une plus grande coordination des différents acteurs.

Dans certaines démocraties parlementaires il y a un dialogue approfondi au Parlement sur l'Europe avant d'aller siéger au Conseil. Je pense à la Finlande et au Danemark où le Parlement donne même mandat au Gouvernement.

M. Jacques Ziller. – Sur l'affaire du temps de travail des militaires, non seulement le Gouvernement français a présenté des observations, mais la CJUE s'y réfère dans son arrêt en précisant que la directive sur le temps de travail ne s'applique pas aux missions opérationnelles des forces armées. Certains commentateurs ont donc commis une analyse approximative, dans laquelle se sont engouffrés certains politiques pour monter en épingle une affaire qui n'existait pas.

Quant au mandat donné par certains parlements aux représentants au Conseil, il est loin d'être satisfaisant. En effet, soit le représentant au conseil n'en tient pas compte, soit il n'a plus aucune marge de manœuvre pour négocier, soit il est utilisé comme prétexte pour faire pression sur les autres États membres.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Didier Reynders, commissaire européen à la justice, nous a indiqué lors de son audition récente au Sénat avoir débloqué 1,5 milliard d'euros pour la numérisation des procédures de justice. Mais que vient faire l'Union européenne sur ce sujet ? Cette conception illimitée des compétences peut interroger.

Pour terminer, je souhaiterais vous demander si vous pensez que le système juridique de l'Union européenne, qui pourrait être aujourd'hui qualifié de confédéral, s'oriente vers un système fédéral ?

M. Jacques Ziller. – Je le souhaiterais mais je ne pense pas que les États membres y soient favorables. Aujourd'hui c'est un système de confédération avec une contrainte juridique forte.

Pour conclure, la numérisation des procès me semble bien être une affaire européenne car tout est lié à la libre circulation des personnes.

Mme Agnès Canayer, vice-présidente de la mission - Nous vous remercions pour votre participation à cette audition.

Audition de spécialistes de droit public et de droit constitutionnel :
MM. Paul Cassia, professeur de droit public à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne, Jean-Philippe Derosier, professeur de droit
constitutionnel à l'Université de Lille, Bertrand Mathieu, conseiller d'État
en service extraordinaire, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de
l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Dominique Rousseau,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne et Guillaume Tusseau, professeur de droit public
à Sciences Po

(Mardi 18 janvier 2022)

- Présidence de M. Alain Richard, vice-président -

M. Alain Richard, vice-président. – Je vous prie d'excuser l'absence de la présidente Cécile Cukierman, qui se trouve empêchée de participer aujourd'hui à notre réunion.

Nous accueillons cet après-midi cinq professeurs de droit constitutionnel ou de droit public qui ont accepté de venir débattre avec nous, sous la forme d'une table ronde, sur le sujet de la judiciarisation de la vie publique.

Il s'agit de Messieurs Paul Cassia, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne ; Jean-Philippe Derosier, professeur à l'Université de Lille ; Bertrand Mathieu, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, et actuellement conseiller d'État en service extraordinaire ; Dominique Rousseau, également professeur à l'École de droit de la Sorbonne ; Guillaume Tusseau, professeur à Sciences Po.

Je signale que le rapporteur a auditionné la semaine dernière votre collègue Anne Levade, qui n'était pas disponible aujourd'hui, mais qui a pu ainsi partager avec lui ses réflexions.

Notre mission d'information s'intéresse à la place grandissante que les juridictions nationales et européennes ont prise dans la production de la norme, et aux risques que cette évolution pourrait faire peser sur le fonctionnement de notre démocratie représentative.

Lors de nos deux premières auditions, nous avons donné la parole à « l'accusation », si vous m'autorisez cette métaphore judiciaire : MM. Steinmetz et Schoettl ont livré devant nous un réquisitoire sévère, mais argumenté, hostile à la montée en puissance de ce pouvoir juridictionnel. Il est important pour nous d'entendre maintenant d'autres points de vue.

Vous avez reçu un questionnaire indicatif qui précisait les préoccupations du rapporteur. Je vais d'abord procéder à un premier tour de table en vous demandant de ne pas dépasser une dizaine de minutes pour votre intervention liminaire afin de laisser du temps au débat, puis le

rapporteur et les collègues ici présents pourront vous poser des questions complémentaires.

Le thème de notre mission d'information est très vaste. Je vous suggère donc dans votre intervention liminaire de poser d'abord quelques éléments de diagnostic puis de développer, le cas échéant, une ou deux pistes d'évolution qu'il vous paraîtrait pertinent de soumettre à notre réflexion.

Vous pourrez ensuite aborder d'autres points au cours de la discussion, soit en réponse à nos questions, soit en réaction aux interventions de vos collègues. Enfin, vous avez la possibilité de nous adresser une contribution écrite pour attirer notre attention sur les points que vous n'auriez pu évoquer au cours du temps qui nous est imparti.

Je précise pour terminer que cette audition donne lieu à une captation vidéo et qu'elle est retransmise sur le site internet du Sénat.

M. Paul Cassia, professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. – Merci, Monsieur le président, merci, Mesdames et Messieurs les sénateurs, de me faire participer à votre réflexion sur ce sujet fondamental qui nous intéresse en tant qu'universitaires et en tant que citoyens.

Ce sujet s'amorce par un présupposé sur lequel il faudrait s'interroger, à savoir la place grandissante des juges en France et en Europe. Le questionnaire qui nous a été soumis fait état d'une montée en puissance progressive d'un pouvoir juridictionnel, qui est évoquée comme un acquis. Je pense qu'il faudrait le démontrer, car je n'ai pas constaté de montée en puissance progressive d'un pouvoir juridictionnel. Pour ma part, je déplore plutôt la faiblesse du pouvoir juridictionnel dans la période récente et je le démontrerai, exemples à l'appui.

J'ai pris connaissance avec beaucoup d'intérêt des contributions de MM. Schoettl et Steinmetz. M. Schoettl regrette l'époque de 1979, date à laquelle il est entré au Conseil d'État, et la jurisprudence qui s'appliquait alors, ainsi que la place qui était assignée au juge, étant entendu que le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme a été octroyé en 1981 à l'initiative du ministre de la justice Robert Badinter. Personnellement, je ne suis pas du tout nostalgique de cette époque et je pense qu'il est plus utile de se projeter dans l'avenir.

M. Schoettl dit également que la démocratie représentative souffre de l'hypertrophie du pouvoir juridictionnel national et supranational et que nous traversons une crise qui n'est pas sans rappeler celle qu'a connue l'Ancien Régime avec ses parlements. Je n'ai pas vu comment cette affirmation était étayée.

M. Steinmetz a évoqué pour sa part une pénalisation croissante de l'action publique. Vous la ressentez peut-être comme élu, mais, comme

citoyen, je n'en ai pas vu les traces. Aucun chiffre ne démontre cette affirmation. M. Steinmetz évoque par ailleurs une paralysie de l'action politique du fait des juges, ce qui me semble inexact, et je le démontrerai, chiffres et éléments à l'appui. Il évoque aussi des fuites en avant en matière de transparence, qui m'ont échappé. Il se trompe aussi en évoquant les pouvoirs exorbitants qui sont conférés au juge des référés libérés.

M. Schoettl et M. Steinmetz sont d'accord pour que l'on puisse saisir le juge, mais à condition que le juge valide le texte qui est contesté. Ils prennent un exemple qui me paraît tout à fait mal choisi, à savoir une ordonnance du juge des référés rendue par le Conseil d'Etat le 22 juin 2021, sur l'affaire relative à l'assurance chômage. De manière rare, le Conseil d'Etat a suspendu une réforme qui devait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2021. L'ordonnance est très motivée et comprend cinq considérants, avec des chiffres, des données et des explications. Le juge des référés a pris le soin de motiver sa position, qui est étayée par un élément qui est inhérent au texte. En effet, ce dernier comportait une contradiction interne puisque la réforme entrait en vigueur en septembre 2022 pour les employeurs et en juillet 2021 pour les travailleurs. C'est cette contradiction qui a conduit à la suspension de la réforme. Le juge des référés a sanctionné cet effet de ciseau. Sa position ne semble pas du tout participer à un « gouvernement des juges » décrié par les deux précédents orateurs.

Je fais du droit concret et je souhaite évoquer l'état d'urgence sanitaire sur lequel vous avez travaillé en tant que parlementaires. Vous avez voté douze lois en moins de deux ans sans qu'un juge vous ait empêché de le faire. Le décret du 1^{er} juin 2021, qui met en œuvre la loi du 31 mai 2021 sur la gestion de la sortie de la crise sanitaire, a été modifié 51 fois en sept mois, selon les données de Légifrance. Aucune de ces modifications n'a été empêchée par le Conseil d'Etat ni fait l'objet de recours contentieux. Je prends l'exemple très récent de l'interdiction de vendre des denrées alimentaires dans les transports en commun. Personne ne l'a contestée. J'ai d'ailleurs eu le regret de devoir déposer moi-même un nombre important de recours puisque personne d'autre n'était disposé à saisir le juge...

Le confinement que nous avons toutes et tous connu découle du décret du 23 mars 2020, pris en application de la loi que vous avez adoptée en des temps records sans que le Conseil constitutionnel ne soit saisi. Il n'a été contesté que par moi. Il n'y a donc pas eu de recours excessif au juge qui aurait entravé l'action de l'administration pendant cette période. Le chiffre des 600 référés dont le Conseil d'Etat a été saisi est insignifiant pour des textes qui sont applicables quotidiennement à 67 millions d'individus.

De plus, le Conseil constitutionnel a tout validé, à part la prolongation automatique des détentions provisoires, en faisant usage toutefois de cette disposition, que je trouve fort malheureuse, prévue à l'article 62 de la Constitution : ce mécanisme permet au Conseil constitutionnel de « neutraliser » les déclarations d'inconstitutionnalité et de

les priver d'effets concrets. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs mal commencé son travail en rendant sa décision du 26 mars 2020 sur la loi organique que vous aviez votée, qui permettait au Conseil constitutionnel et aux juridictions suprêmes de dépasser le délai de trois mois pour se prononcer sur les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). Le Conseil constitutionnel a écarté l'application d'une disposition explicite de la Constitution au nom des circonstances exceptionnelles. Je ne vois ici aucune entrave au travail du Parlement.

Le Conseil d'État, pour sa part, a tout validé, ou presque, de l'état d'urgence sanitaire et de ses dérivés, à l'exception de la jauge dans les lieux de culte et de la possibilité pour les clients d'aller voir leur avocat. Il a tout validé bien que la loi du 23 mars 2020, comme la loi du 31 mai 2021, exige du juge des référés ou du juge de la légalité qu'il exerce un contrôle de stricte proportionnalité de la réglementation adoptée. Vous avez vous-mêmes prévu un contrôle renforcé de la part du juge, mais il ne l'a pas exercé, hélas, au long des deux années qui viennent de s'écouler.

J'évoquerai peut-être quelques affaires au cours des débats. Je signale tout de même l'affaire jugée par le Conseil d'État en référé le 26 juillet 2021 sur l'extension du passe sanitaire aux établissements accueillant plus de 50 personnes. Vous aviez voté le 31 mai 2021 une loi qui limitait le passe sanitaire aux rassemblements comportant au moins 1 000 personnes. Le Gouvernement a décidé tout d'un coup d'abaisser ce seuil à 50 personnes. Le Conseil d'État a été saisi par mes soins, avec des associations et des entreprises, et il a jugé qu'au nom des circonstances exceptionnelles, la loi pouvait être contournée afin que l'évolution de la situation sanitaire soit prise en compte par le pouvoir réglementaire. Il n'y a là aucun empêchement fait au Gouvernement d'agir, bien au contraire.

Par ailleurs, en dehors de la pandémie, il existe un nombre considérable de filtres, comme celui de l'intérêt à agir. Je citerai comme exemples « l'arbitrage Tapie » ou la requête formulée à l'encontre d'Eric Dupond-Moretti par moi-même et par certaines associations, rejetés faute d'intérêt à agir.

À mon sens, il ne faut jamais avoir peur des contrôles et, à titre personnel, je souhaiterais qu'ils soient renforcés. Un contrôle est une chance, car il garantit la sécurité juridique et l'acceptabilité des mesures prises par les pouvoirs publics. Je me permets de formuler trois vœux. Je souhaite tout d'abord que l'autorité judiciaire devienne un pouvoir judiciaire. Je souhaite également que la CJR soit supprimée et que le mécanisme de la QPC soit réformé au profit d'une décentralisation du contrôle de constitutionnalité.

M. Jean-Philippe Derosier, professeur de droit constitutionnel à l'Université de Lille. - Merci, Monsieur le président, chers collègues, Mesdames et Messieurs les sénateurs. Je suis ravi et honoré d'être devant vous aujourd'hui.

Je me retrouve en quasi-totalité dans les propos de mon collègue et ami Paul Cassia. Il y a tout à craindre d'un « gouvernement des juges », mais il y a beaucoup plus à craindre d'un gouvernement sans juges. Cette formule, qui est due à Robert Badinter, souligne à quel point nous avons besoin d'un pouvoir juridictionnel, que j'entends ici au sens large, incluant le juge judiciaire, le juge administratif, le juge constitutionnel et les juges européens.

Je me retrouve dans les propos de Paul Cassia, à quelques réserves près. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel n'a pas tout validé. L'exception confirmant la règle, le Conseil constitutionnel a censuré quelques rares dispositions même s'il aurait pu en censurer bien davantage selon moi, à commencer par la loi organique de mars 2020. Dernièrement, il a censuré dans sa décision du 9 novembre 2021 la transmission des données sanitaires aux directeurs d'établissement scolaire ou, dans sa décision du 5 août 2021, les modalités de fin des contrats à durée déterminée (CDD). Cela reste assez épisodique, confirmant en effet que le pouvoir juridictionnel n'altère en rien la mission du législateur. Il se pose néanmoins en rempart ultime des droits et des libertés, s'inscrivant dès lors dans le jeu des contre-pouvoirs.

Grâce au Conseil constitutionnel, nous n'avons pas eu une législation que je trouvais pour le moins scélérate en matière de lutte contre les casseurs. Le Conseil constitutionnel a précisément expliqué dans sa décision comment il était possible d'adopter une loi préservant la sécurité lors des manifestations tout en respectant les principes constitutionnels.

La mission d'information porte sur la judiciarisation de la vie publique, et non de la vie politique, ce qui est différent. Dans un cas comme dans l'autre, il est nécessaire que le juge soit présent et investi de pouvoirs pour exercer le contrôle qui est le sien en matière d'activité publique et politique, à condition que ce contrôle n'aboutisse pas à une entrave, sans verser dans les abus et les excès. Nous disposons d'un certain nombre de mécanismes qui placent les différents juges dans des systèmes de pouvoir et de contre-pouvoir.

Le Conseil d'État pourrait certainement faire l'objet d'une vaste réforme, qui est appelée de leurs vœux par un certain nombre de collègues, introduisant une séparation stricte et définitive entre ses missions de conseil et ses missions juridictionnelles. La crise sanitaire l'a montré. En effet, lorsque le Conseil d'État émet un avis sur une ordonnance le lundi, qui est adoptée le mercredi, et qu'il a à statuer sur la même ordonnance en référé le vendredi, cela laisse planer un doute sur le fonctionnement de l'institution, même s'il y a une séparation entre les personnes qui traitent du contentieux et celles qui traitent de l'administratif.

Si je m'arrête désormais sur certaines de vos interrogations, vous nous demandez s'il faudrait faire évoluer la composition ou le fonctionnement du Conseil constitutionnel. Les parlementaires soumettent

déjà des portes étroites au Conseil constitutionnel, mais ce mécanisme n'est pas institutionnalisé. Paul Cassia en a soumis une hier ou avant-hier sur les outils de gestion de la crise sanitaire et les parlementaires en soumettent également occasionnellement.

Dans une perspective d'amélioration du fonctionnement du Conseil constitutionnel, nous pourrions envisager la possibilité offerte à certaines parties (parlementaires, Gouvernement...) d'intervenir devant le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux *a priori* ou *a posteriori*. Quant à la composition, tant que le Conseil constitutionnel exerce les compétences qui sont les siennes, il ne semble pas qu'elle doive évoluer, si ce n'est pour mettre fin à la présence de droit des anciens présidents de la République. Les deux derniers présidents de la République qui restent en exercice n'y siègent pas. Il serait donc simple de faire disparaître cette disposition.

Sur la question des juges européens, il ne me semble pas que ces derniers aient empêché en quoi que ce soit le législateur français de mener les politiques qu'il entend. En effet, à Strasbourg comme au Luxembourg, le droit européen s'impose et bénéficie d'une primauté. Ce principe est inhérent au droit international. La spécificité du droit de l'Union est que le principe de primauté bénéficie d'un autre principe propre au droit de l'Union, qui est le principe d'effet direct. Ce droit s'applique directement à l'égard des justiciables, qui sont en mesure de s'en prévaloir.

Nos juges ont su développer une jurisprudence permettant de trouver un *modus vivendi* et une juste articulation entre les normes européennes et les normes nationales. Selon le juge européen, toute norme européenne prime sur le droit national, y compris constitutionnel, ce que le juge constitutionnel a du mal à reconnaître. Le juge constitutionnel et, après lui, les juges judiciaires et administratifs, admettent le respect du droit de l'Union européenne sous réserve du respect des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Cela est d'autant plus clair depuis une décision QPC du mois d'octobre 2021 relative à la société Air France, dans laquelle le Conseil constitutionnel a identifié pour la première fois un tel principe, confirmant qu'il s'agit d'une règle constitutionnelle que l'on trouve dans notre Constitution, mais que l'on ne retrouve pas en droit de l'Union européenne. Cela permet donc de rejoindre la jurisprudence d'autres États membres de l'Union, qui appliquent ce que j'appelle la primauté « sauf si ». Aucun abus n'est fait de cette notion.

Concernant la Cour de justice de la République, cette institution a connu des heures de gloire et elle est replacée sur le devant de la scène pour pallier un certain nombre de dysfonctionnements. La judiciarisation de la vie politique - et j'emploie à dessein ce terme - ne m'effraie pas. Ce qui m'effraie davantage est la politisation de la vie judiciaire et je crains que la Cour de justice de la République ne verse dans cette dernière catégorie. Il me semble donc nécessaire de la réformer ou de la supprimer, à la condition de permettre que les ministres puissent être traduits devant la justice, avec le

bon mécanisme de filtrage. Le fait qu'une cour soit composée de douze membres politiques sur quinze membres au total laisse craindre une justice politique, qui n'est pas acceptable dans un État de droit.

En conclusion, concernant l'interrogation essentielle sur les pistes de régulation de ces tensions, l'un des éléments essentiels est le respect et la confiance. Lorsque des ministres de premier plan sont eux-mêmes mis en cause dans des affaires juridictionnelles, il ne me paraît pas tolérable que ces derniers se maintiennent en fonction.

M. Bertrand Mathieu, conseiller d'État en service extraordinaire, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. – Monsieur le président, Monsieur le rapporteur, Mesdames et Messieurs les sénateurs, je prendrai une position qui sera opposée à celle de mes deux collègues. Je voudrais d'abord saluer la pertinence de la question que vous soulevez, parce qu'elle se pose depuis longtemps. J'ai écrit deux ouvrages qui montrent que je suis particulièrement sensible à ces questions.

Je commencerai par quelques considérations théoriques. Tout d'abord, nous sommes dans un système mixte, démocratique et libéral. La démocratie consiste en des mécanismes de légitimation du pouvoir tandis que le libéralisme consiste en des mécanismes de contrôle du pouvoir. Le pouvoir politique est l'émanation du pouvoir démocratique tandis que le juge s'inscrit dans une logique libérale.

Pour moi, il existe un problème de politisation de la justice, notamment du fait du poids de syndicats politisés au sein de la magistrature, comme j'ai pu l'observer de manière pratique en siégeant au Conseil supérieur de la magistrature (CSM). En outre, je me tiens à une obligation de réserve sur le Conseil d'État.

Toute la construction d'un système politique vise à trouver un équilibre entre ces deux composantes, démocratique et libérale. Or notre histoire est une succession de déséquilibres.

Selon moi, la désaffection des citoyens vis-à-vis du pouvoir politique est liée au fait que les citoyens prennent progressivement conscience que le pouvoir échappe au politique, puisqu'il est en partie entre les mains des juges, de la Commission européenne, de la Banque centrale ou encore des agences de notation. À force de mettre en exergue le contrôle, qui est évidemment nécessaire, nous arrivons à un point de déséquilibre où le contrôle l'emporte sur l'action. Or, dans une démocratie, il est important de pouvoir agir avant de pouvoir contrôler.

Si l'on prenait les programmes des candidats à l'élection présidentielle aujourd'hui et qu'on les examinait à l'aune des différents contrôles qui s'exerceront, je crois qu'aucun candidat ne pourrait réaliser entièrement son programme. Nous connaissons une crise profonde de la démocratie, car si un candidat dit ce qu'il va faire, mais qu'un juge l'en

empêche, la confiance dans le politique se réduit. Le décalage entre des programmes politiques qui se présentent comme libres et les contrôles qui s'exerceront après l'élection est problématique.

Quelles sont les manifestations de l'intervention du juge dans la vie politique ? La Cour européenne des droits de l'homme est très peu liée à la Convention européenne des droits de l'homme, dont elle interprète le texte librement. Elle peut aussi introduire des principes qui n'y figurent pas et choisit entièrement ses normes de référence. Pour moi, cela est la manifestation de l'exercice d'un pouvoir.

S'agissant du Conseil constitutionnel, la QPC, à laquelle j'ai été très favorable, est un système vertueux, mais qui permet au juge de participer à la détermination du calendrier parlementaire en fonction de l'idée qu'il se fait de l'évolution des circonstances de fait. S'il faut adapter le droit à certaines évolutions de la société, cela n'est pas une fonction du juge, mais une fonction politique.

En outre, concernant la pénalisation de la vie politique et de la vie publique, la question est celle de la responsabilité politique, qui est une des conditions essentielles de la démocratie. Toutefois, il n'y a plus de responsabilité politique puisque la responsabilité pénale l'a remplacée. On a mis en cause un ministre de la justice dans une affaire de conflit d'intérêts dans laquelle les juges sont eux-mêmes en situation de conflit d'intérêts. On a condamné une ancienne ministre pour imprudence. On poursuit un ancien Premier ministre pour empoisonnement. On perquisitionne une assemblée parlementaire sans l'autorisation de son Président ou de son Bureau. On détermine ce que doit être le rôle d'un assistant parlementaire. Ce sont autant d'exemples du renforcement des interventions de la justice dans le champ politique. Ce phénomène d'ailleurs se conjugue avec la perte de confiance des citoyens dans le politique.

J'aimerais évoquer quelques solutions, qui sont peut-être caricaturales et sommaires. L'équilibre du pouvoir normatif entre le pouvoir politique et les juges sera difficile à rétablir parce que le système juridictionnel est un ensemble. En effet, le juge constitutionnel s'appuie sur le juge européen et le juge judiciaire s'appuie sur le juge européen et sur le juge constitutionnel. S'il l'on touche à un des maillons de cet ensemble, le système résistera par un phénomène d'imbrication.

S'agissant du Conseil constitutionnel, il convient de maintenir le principe d'une composition mixte de juristes et de politiques, car juger la loi n'est pas un acte comme les autres. Le système de nomination pourrait néanmoins évoluer, en prévoyant par exemple la nomination d'un conseiller d'État, d'un conseiller à la Cour de cassation, d'un conseiller maître à la Cour des Comptes, d'un avocat et d'un professeur de droit, tandis que les autres membres seraient nommés librement par le pouvoir politique.

Il conviendrait aussi que, dans certains cas, le Parlement, à une majorité qualifiée, puisse demander au Conseil constitutionnel de réexaminer une de ses décisions. Dans le cas où le conflit ne pourrait pas être résolu, il faudrait que la question puisse être tranchée par le pouvoir politique selon des procédures prévues pour la révision de la Constitution. Selon moi, le politique doit toujours avoir le dernier mot en démocratie.

S'agissant de la responsabilité pénale des responsables politiques, l'un des axes les plus efficaces est, dans le sens de la loi Fauchon, de revoir la définition des délits non intentionnels par une réforme du code pénal. Il convient aussi d'abandonner la convention qui voulait qu'un ministre mis en examen soit systématiquement contraint de démissionner. Cette règle non écrite conduit à substituer la responsabilité judiciaire à la responsabilité politique puisqu'un simple juge peut décider qu'un ministre quittera le gouvernement.

Par ailleurs, il est vrai que la Cour de justice de la République est bancale, mais il est difficile de la remplacer. J'estime qu'il n'appartient pas aux juges de décider ce qui est politique et ce qui ne l'est pas. Il faudrait donc inverser le système, pour que le politique intervienne au moment de la mise en cause, au stade de la commission des requêtes et de la commission d'instruction, plus qu'au moment du jugement.

S'agissant du rapport entre le droit national et les juridictions européennes, il faut considérer que le système hiérarchique ne fonctionne plus. Ce dernier a un vice fondamental, car s'il y a plusieurs hiérarchies, le juge régule des rapports de système qui ne sont pas régulés par eux-mêmes. Admettre la supériorité inconditionnelle des jurisprudences européennes comme admettre la prévalence inconditionnelle des règles constitutionnelles conduit à une impasse.

Il faudrait retenir deux axes. Le premier axe viserait à redéfinir l'articulation des compétences nationales et européennes. J'en reviens à la référence du Conseil constitutionnel aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle, qui constitue un garde-fou. Toutefois, c'est le juge qui décide. Nous donnons donc une puissance considérable au juge qui décidera de la hiérarchie de la norme européenne et constitutionnelle. Il faudrait inscrire dans la Constitution un certain nombre de principes qui sont inhérents à l'identité constitutionnelle. Cela aurait deux effets, car cela s'imposerait au juge national et cela constituerait une limite à l'intervention du juge européen. Il faut inscrire ces principes dans la Constitution de manière substantielle.

Le deuxième axe vise à passer d'une obligation de soumission à une obligation de dialogue constructif. Nous pourrions imaginer que les juridictions nationales puissent interroger les juridictions européennes lorsqu'un conflit se produit. En cas de non-résolution du conflit, il conviendrait de rendre aux autorités politiques le pouvoir du dernier mot en

la matière, qui résulterait de l'exercice du pouvoir souverain ou de la négociation internationale. Le principe de subsidiarité ne peut pas être fixé uniquement par les juridictions européennes. Le problème est que les garde-fous sont entièrement entre les mains des juges. Le juge dispose d'instruments extrêmement forts.

Si l'on regarde trois décisions de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'interdiction du voile islamique à l'université en Turquie, sur l'interdiction du crucifix à l'université en Italie ou sur l'interdiction du voile intégral dans l'espace public en France, nous voyons que ces décisions résultent simplement d'un rapport de force. La Cour a probablement plié parce qu'elle savait qu'il y aurait une résistance politique nationale. Par une réaction déterminée face à certaines dérives et par le respect scrupuleux de la jurisprudence quand les intérêts essentiels ne sont pas en jeu, la France pourrait faire évoluer les choses en Europe.

Je voudrais terminer en disant que le renforcement de la démocratie passe également par un recours banalisé, ou plus fréquent, au référendum, avec les garanties qui s'imposent. En effet, c'est le seul moment où il y a un lien direct entre le vote du citoyen et la décision prise. Cela peut redonner confiance au citoyen en la politique.

M. Dominique Rousseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. – Merci, Monsieur le président, je suis très honoré d'être auditionné par votre mission d'information. C'est toujours un plaisir pour un universitaire de partager ses analyses avec les représentants de la Nation.

Je voudrais intervenir sur un autre angle que mes collègues en soumettant à votre réflexion trois interrogations principales. Quels sont les rapports entre État de droit et démocratie ? Les droits de l'homme sont-ils antidémocratiques ? Les juges en font-ils trop dans la protection des droits ?

Sur la première question, les juristes distinguent généralement trois formes d'État. L'État de police est celui où le pouvoir politique agit selon son bon vouloir, sans contraintes. L'État légal est celui où les autorités sont soumises à la loi. L'État de droit est celui dans lequel nous serions aujourd'hui. L'État de droit peut donner lieu à plusieurs définitions.

Selon la définition de Kelsen, tout état est un État de droit dès lors qu'il y a une Constitution, des institutions qui produisent des normes et des juges qui contrôlent – de sorte que l'on pourrait dire que l'État nazi était un État de droit.

Une autre figure de l'État de droit est celle selon laquelle l'État produit un droit et ce droit le limite. Selon Jellinek, l'auto-limitation de l'État se fait par le droit que l'État lui-même produit. Dans une troisième figure de l'État de droit, l'État est soumis à un droit qu'il ne produit pas parce que ce droit lui est donné, par Dieu ou par la nature. Je défends pour ma part l'idée que le droit auquel se soumet l'État est issu des luttes sociales, des luttes

politiques, des luttes intellectuelles. Je n'ai pas en tête de droits qui auraient été donnés. Tous les droits que nous avons aujourd'hui sont le résultat de luttes sociales et politiques, comme le droit de vote par exemple. De plus, l'État de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit. L'État de droit est l'État des droits de l'homme, qui ont été conquis.

J'aime beaucoup une formule du doyen Vedel, qui disait : « En tant qu'ils se font, les droits de l'homme sont immanents ; en tant qu'ils sont faits, les droits de l'homme sont transcendants. » Je souscris à cette déclaration. Une fois que les droits de l'homme sont faits, ils nous dépassent et nous devons les suivre. C'est un choix philosophique du droit.

Cela me conduit à ma deuxième interrogation. Si les droits de l'homme sont ce qui définit l'État de droit, sont-ils antidémocratiques ? Cette question peut paraître surprenante, mais les droits de l'homme seraient antidémocratiques parce qu'ils empêcheraient la majorité de vouloir ce qu'elle veut. Or la démocratie est la loi de la majorité.

Je pense que les droits de l'homme ne sont pas antidémocratiques et qu'ils sont au contraire le « code d'accès » à la démocratie. Je m'appuie sur des éléments factuels. En effet, la colère des peuples contre les régimes autoritaires se traduit toujours par la demande d'un droit. Cela montre bien que l'accès à la démocratie vise à acquérir le respect ou la conquête des droits. A l'inverse, les régimes autoritaires ont comme première décision d'affaiblir la liberté de la presse, la liberté d'aller et venir, la liberté universitaire ou l'indépendance des juges. Autrement dit, il doit donc y avoir un rapport entre droits de l'homme et démocratie. En 1789, la première décision a été d'adopter la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Je dirais également qu'il y a dans les droits de l'homme une force magique, car les droits de l'homme nous touchent et nous font devenir citoyens. L'article premier de la Déclaration des droits de l'homme est extraordinaire. Nous sommes tous inégaux en réalité, mais l'article premier dit que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Bourdieu, qui n'aimait pas beaucoup le droit, parlait de la force performative du droit, car le droit a la qualité de faire advenir ce qu'il énonce.

Je me souviens avoir participé à la rédaction de l'actuelle Constitution tunisienne. Il y a eu un débat sur la question de savoir s'il fallait une Constitution ou non après la chute de Ben Ali. Les mots qui ont été employés alors étaient les suivants : si la Tunisie est une société de croyants, il n'y a pas besoin de Constitution, mais si la Tunisie est une société de citoyens, elle a besoin d'une Constitution. Ces propos ne sont pas de moi, mais de plusieurs associations, dont des associations de femmes tunisiennes démocrates qui ont permis de renverser la tendance.

Je crois donc que les droits de l'homme sont ce par quoi on devient citoyen. Sans droits de l'homme, on supprime le citoyen et on retrouve uniquement la personne.

Par ailleurs, je ne partage pas l'analyse marxiste des droits de l'homme, qui dit que ces derniers isolent les hommes les uns des autres et replient l'homme sur lui-même en le séparant des autres. Les droits de l'homme de 1789 ne referment pas l'individu sur lui-même, mais mettent en relation les individus, notamment par la liberté d'aller et venir, la liberté d'expression ou la liberté de réunion. Cela permet de créer un espace de relations où les citoyens exercent leurs droits.

Ma dernière question est celle-ci : est-ce que les juges vont trop loin ? Par rapport à ce que je viens de dire, je ne le crois pas. Les juges sont les gardiens des droits. La Cour européenne des droits de l'homme doit appliquer la Convention européenne des droits de l'homme. Même le Conseil d'Etat, dont cela n'était pas la vocation, protège aujourd'hui les libertés encore mieux que la Cour de cassation. Les juges s'autodéfinissent comme gardiens des libertés ou sont définis par les textes constitutionnels comme gardiens des droits.

Sur cette question, j'ai redécouvert le discours de Portalis présentant le projet préliminaire de code civil en 1801. Portalis dit que la loi ne doit fixer que des maximes générales puisqu'elle ne peut pas tout prévoir. Par conséquent, c'est à ceux qui doivent mettre en œuvre la loi (les citoyens, les associations, les autorités administratives) de faire vivre ces maximes générales.

Je crois que le juge ne va jamais trop loin parce qu'il est l'équilibre du vote. Si je me réfère au préambule de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les révolutionnaires emploient deux verbes importants quand ils disent qu'ils écrivent la Déclaration pour permettre au citoyen de pouvoir *comparer* et *réclamer*. La démocratie fonctionne donc sur deux piliers : le suffrage universel et le contrôle de l'exercice par les représentants de leur pouvoir. Le contrôle ne vise pas à les limiter. Le Conseil constitutionnel n'a jamais empêché la gauche de nationaliser ou la droite de privatiser. Quelle grande réforme a été bloquée par le Conseil constitutionnel ? Aucune.

Nous pouvons trouver de nouvelles articulations, mais je pense qu'il y a aujourd'hui un équilibre entre la voix et l'œil. La démocratie repose sur cet équilibre. La voix, ce sont les représentants qui font la loi et l'œil, ce sont les juges. Si l'on affaiblit l'un ou l'autre, on affaiblit la démocratie et on la rend soit aveugle, soit muette. Il faut que le corps social ait à la fois la voix et l'œil pour fonctionner de manière équilibrée.

M. Guillaume Tusseau, professeur de droit public à Sciences Po. – Monsieur le président, Monsieur le rapporteur, Mesdames et Messieurs les sénateurs, chers collègues. Je suis très honoré d'être présent et très embarrassé de prendre la parole en dernier puisque mes collègues ont déjà formulé de nombreuses idées mieux que je n'aurais pu le faire.

Je suis tout à fait d'accord avec Paul Cassia sur la remise en question du présupposé de notre discussion. Y a-t-il véritablement judiciarisation de la vie politique ou est-ce de l'ordre du fantasme ? Je serai toutefois plus nuancé sur la critique de la prémisse.

Aujourd'hui, des décisions de justice font la une des grands quotidiens, en France ou ailleurs, ce qui ne serait pas arrivé il y a 50 ans. Cela n'est pas propre à la France de la V^e République ni à la France qui s'intègre dans des ensembles supranationaux. Dans toutes les démocraties, et même dans des États non-démocratiques, on voit intervenir des décisions de justice qui tranchent des questions électorales, qui décident de la légalité ou non des formations politiques ou des questions éthiques majeures. La judiciarisation des grandes questions publiques me semble donc exister.

En France, le changement massif qui est intervenu sous la V^e République est la perte de souveraineté de la loi vis-à-vis de la Constitution et des traités internationaux. Est-ce antidémocratique ? Cela se discute. Qui l'a voulu ? Le constituant. Qui a adopté la Constitution ? Le peuple. La question qui se pose donc est celle du type de démocratie dans lequel on vit. La démocratie aujourd'hui n'est plus une démocratie où la majorité du moment peut tout faire et où nous aurions un organe souverain qui décide de tout jusqu'à l'échéance de son mandat. La fin de la souveraineté de la loi en France a introduit un changement culturel majeur.

Un autre élément pour discuter de la faiblesse de la prémisse concerne le pouvoir de consentir à l'entrée en vigueur d'une loi ou à son maintien en vigueur (contrôles *a priori* et *a posteriori*). Il ne faut pas négliger non plus que la contrainte du contrôle futur est intégrée par les décideurs politiques. Il y a une problématique de la pénalisation de la vie politique et des autocensures. Dans les débats au Parlement, la référence à la censure possible est monnaie courante. Le Premier ministre ou le président de la République n'hésitent pas à dire qu'ils saisiront le Conseil constitutionnel. Ce phénomène existe également en Allemagne et aboutit au fait que l'imagination politique est stérilisée.

Le phénomène est encouragé par les juridictions, mais aussi par la société. Pourquoi la société s'oriente-t-elle de plus en plus vers des forums qui ne sont pas politiques ? Aujourd'hui, les juridictions sont devenues un forum pour l'expression, pour l'examen et pour le succès d'un certain nombre de revendications. La judiciarisation se traduit par l'extension du champ d'intervention des juridictions, mais aussi par l'internalisation par les autorités politiques de la contrainte juridictionnelle et par l'adoption de méthodes de raisonnement qui sont aussi celles des juridictions.

Quant à la paralysie de l'action politique, je suis d'accord avec la nécessité de réformer la Cour de justice de la République, car cette juridiction n'a pas brillé par son fonctionnement, ses incriminations ou ses condamnations. Il faut aussi souligner que la pénalisation de la vie politique

inhibe un certain nombre de dirigeants au niveau local. Les candidats, devant la menace pénale, décident de ne pas s'investir dans la vie politique. Ceci a un impact sur le fonctionnement de nos institutions au niveau le plus élémentaire.

La démocratie n'est donc pas forcément menacée par la judiciarisation de la vie politique, mais cette dernière ne conduit pas forcément à l'amélioration de l'État de droit. Il faut surtout s'interroger sur la contrainte que l'on impose à la revendication sociale de s'exprimer dans les termes du droit.

Par ailleurs, je me garderai d'un avis tranché sur le pouvoir du Conseil constitutionnel. La densification de la jurisprudence du Conseil constitutionnel introduit en effet une contrainte dans le débat parlementaire. Le pouvoir du Conseil constitutionnel doit être compris comme un pouvoir de co-législateur. En étant susceptible d'imposer son veto contre une loi, le Conseil constitutionnel a un pouvoir de même niveau que le législateur. Il s'y ajoute des réserves qui guident l'interprétation de la législation. Parfois, l'effet de la décision est immédiat, de sorte que le Conseil constitutionnel est bien législateur aussi.

Cependant, dans la substance, le Conseil constitutionnel se range plutôt dans les juridictions qui font preuve de retenue. Il ne censure que des dispositions qu'il juge aberrantes lorsqu'il procède à la conciliation des principes constitutionnels. Une réforme de la composition du Conseil constitutionnel me paraît nécessaire, en conservant la dualité d'expertise puisque cela rend les décisions plus informées sur les questions éthiques, économiques ou sanitaires. La réforme essentielle, selon moi, est une réforme de l'argumentation, pour clarifier le contrôle de proportionnalité. Il convient de clarifier l'analyse de la manière dont le Parlement a opéré une conciliation pour que le dialogue s'enrichisse sur la mise en équilibre des valeurs constitutionnelles.

Je me garde des réformes réactionnaires consistant à supprimer le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme. Je propose pour nourrir la discussion de s'inspirer de ce qui a été fait dans les lois d'inspiration britannique, notamment pour la protection des droits fondamentaux. Le Canada, en 1960, adopte la Déclaration des droits, qui consacre des droits fondamentaux sans avoir de valeur supra-législative. Elle impose que toute loi soit interprétée à la lumière de ces droits fondamentaux. Elle impose également au ministre de la justice d'examiner tout projet de texte pour signifier d'éventuels doutes quant respect des droits fondamentaux.

Des mesures de même type ont ensuite été adoptées en Nouvelle-Zélande, en Australie et au Royaume-Uni. Le Canada a aussi adopté, en 1982, la « clause nonobstant », qui permet au Parlement fédéral et aux assemblées locales de maintenir en vigueur pendant une certaine durée

une loi incompatible avec certaines dispositions constitutionnelles. Les députés Éric Ciotti et Guillaume Larrivé ont proposé un mécanisme similaire en France.

Au Royaume-Uni, les juges sont autorisés à déclarer l'incompatibilité d'une loi avec les droits garantis par le *Human Rights Act*, mais il n'y a pas de censure des lois. Cela peut conduire à une procédure législative accélérée où la loi est modifiée par un ordre correctif ministériel. On pourrait s'inspirer de ce dispositif en mobilisant la procédure d'adoption des lois en commission afin de remédier rapidement aux inconstitutionnalités constatées par le Conseil constitutionnel.

Votre questionnaire évoque également le Conseil constitutionnel et les « portes étroites » des parlementaires. Il y a un paradoxe pour le législateur à alimenter davantage la machine de la judiciarisation de la vie publique en participant au processus qu'il entend contester par cette action. Dans ce cas, le remède est peut-être pire que le mal.

De plus, comme Robert Badinter l'a souligné en son temps, il convient de se demander qui représente le Parlement. Devons-nous imaginer un « avocat de la loi » qui devrait la défendre par principe ? Doit-il s'agir d'un avocat des deux assemblées ? Que se passe-t-il alors si les assemblées sont très divisées ? Comment ne pas craindre la situation dans laquelle un groupe politique saisit l'occasion d'une QPC pour faire annuler un texte approuvé par ses adversaires politiques ? Je n'ai pas réussi à me faire de religion sur ce point.

L'une des voies à explorer serait de mieux se connaître. Les magistrats ne sont pas les derniers à être perturbés par la judiciarisation de la vie politique. Ils ont des doutes, ils sont gênés, ils s'interrogent et pensent qu'ils ne sont pas à leur place quand on leur demande de trancher sur des questions éthiques ou politiques.

Cela peut paraître naïf, mais j'estime que des rencontres ou des discussions pourraient circonscrire les problèmes ou au moins éviter des malentendus. Cela me semble en résonance avec le rapport « Cour de cassation 2030 » préparé par la commission présidée par André Potocki. Ce rapport fait montre du souci de la magistrature judiciaire de s'ouvrir à la discussion avec les autres autorités et les autres juridictions. Il fait part également d'une certaine angoisse vis-à-vis des nouvelles demandes de la société, car ces demandes ne sont pas celles qui sont habituellement adressées au pouvoir judiciaire.

La question de la judiciarisation de la vie politique nous ramène également à la question des forums devant lesquels les citoyens formulent leurs demandes. Cela amène à des réflexions plus classiques sur la démocratie participative, les pétitions citoyennes, le renouveau de la figure du Conseil économique, social et environnemental (CESE), le vote blanc ou

encore le vote obligatoire. Il faut explorer les questions de repolitisation de l'engagement citoyen.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Merci, Messieurs les universitaires, pour vos interventions passionnantes. Nous vous avons proposé une formule de table ronde pour vous faire réagir entre vous et pour nous concentrer sur les remèdes, sur les propositions.

J'aimerais donc écouter vos propositions sur quatre thèmes. Le premier d'entre eux concerne la place de la loi ou du législateur. En effet, force est de constater que le Parlement est aujourd'hui affaibli du fait de ce contrôle de la loi. Auriez-vous des propositions à nous faire pour essayer de rééquilibrer cet exercice ?

Le deuxième point porte sur le lien entre le Parlement et le Conseil constitutionnel. Vous avez appelé à un dialogue constructif. Comment organiser ce dialogue ? Doit-il passer par des « portes étroites » ou par les QPC ? Devons-nous considérer que les rapporteurs ne terminent pas leur travail quand le texte a été voté, mais quand il a été promulgué ? Quelles seraient vos propositions pour organiser ce dialogue constructif ? Devrait-il passer par des colloques organisés par le Parlement ?

Vous avez raison d'insister sur l'autocensure, car il existe une méfiance du juge envers le politique et réciproquement. Les deux mondes ne se parlent plus. Comment le fait de se connaître suffirait-il à résoudre nos questions ?

Le troisième volet porte sur les souplesses de notre système constitutionnel et les « freins d'urgence ». Rappelons-nous la situation en 2015 où l'Allemagne a été amenée à gérer l'arrivée de 1,5 million de réfugiés à ses frontières. Imaginons une situation comparable dans notre pays. Notre Constitution a-t-elle la souplesse nous permettant de traiter cela ?

Je terminerai avec la notion d'identité constitutionnelle. Il faut raisonner dans une forme d'équilibre entre primauté et concurrence pour ne pas arriver un jour à une situation où la notion de primauté du droit européen entraînerait un conflit avec notre souveraineté juridictionnelle. Même si beaucoup de spécialistes nous disent que cette situation ne risque pas d'arriver, il reste un rempart qui serait l'identité constitutionnelle de la France. Cette identité doit-elle être définie par le Conseil constitutionnel, par le peuple ou par le législateur ?

M. Alain Richard, vice-président. – Je suggère que les collègues qui souhaitent intervenir le fassent maintenant.

M. Étienne Blanc. – Quand on essaie de comprendre comment les Français ressentent l'immixtion du juge dans le politique, on sent que le juge supporte le poids de l'impopularité ou de l'impuissance du politique. Cela peut nous amener à changer profondément les choses.

M. Alain Richard, vice-président. – J'ajouterais pour ma part deux questions qui portent sur des décisions de justice récentes.

Comment analysez-vous les conséquences de la décision du tribunal administratif de Paris, dans le cadre de « l'Affaire du siècle », de donner instruction au Gouvernement d'adopter une politique et de mettre en œuvre un certain nombre de mesures sous un nouveau contrôle du juge en matière de transition énergétique ? Chacun mesure la complexité de la politique de lutte contre le changement climatique.

Ensuite, estimez-vous qu'il aurait été hors de portée pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de considérer que la directive sur le temps de travail porte sur la régulation du marché du travail de l'Union européenne et qu'il devrait donc aller de soi que les forces militaires ne sont pas régies par les règles de concurrence entre employeurs ?

M. Guillaume Tusseau. – J'ai une perspective très déflationniste sur la notion d'identité constitutionnelle : pour moi, cette expression est utile parce qu'elle est vide de sens. L'identité constitutionnelle apparaît à deux niveaux : au niveau du droit de l'Union européenne et à celui des droits nationaux. Tous les États de l'Union ont une notion de cet ordre. Elle apparaît dans les années 1970 dans la jurisprudence de la CJUE pour justifier une extension des compétences des Communautés.

Ensuite, les États ont repris la main en insérant cette notion dans les traités et en limitant les compétences des institutions, de sorte que les juridictions constitutionnelles nationales peuvent dire qu'elles font une sincère application des normes supranationales. La notion apparaît toutefois dans un traité européen dont l'interprète ultime est la CJUE. Au bout du compte, l'identité constitutionnelle est d'autant plus utile que son contenu est indéterminé. Cette notion permet de ne pas mettre un terme à la discussion. Les dialogues des juges continuent de cette manière, ainsi que les rapports de force et les interactions stratégiques entre les différentes cours. La notion d'identité constitutionnelle sert donc à nourrir la discussion, qui par définition ne peut pas avoir de terme.

J'en viens à votre question sur les circonstances exceptionnelles. Sur le cas que vous envisagez, notre Constitution permettrait de faire face, car elle consacre le droit d'asile, qui est une réponse massive à votre question. De manière sévère, on pourrait dire que notre Constitution est assez souple, comme l'a montré la décision d'ignorer les conditions d'adoption d'une loi organique. La Constitution paraît donc suffisamment souple, mais le niveau d'interprétation sera plus ou moins libre selon le rapport de force entre l'autorité politique et l'autorité juridictionnelle.

Pour répondre à votre deuxième question, je pense que les relations tendant à une meilleure connaissance entre Parlement et Conseil constitutionnel ne devraient pas se développer à l'occasion d'affaires particulières. Il faudrait plutôt organiser des séminaires fermés, confidentiels

et réguliers, lors desquels des parlementaires discuteraient avec le Conseil constitutionnel sur ses décisions ou sur la proportionnalité des mesures. De cette façon, le juge constitutionnel connaîtrait mieux les attentes du Parlement. Cela permettrait aussi de comprendre que les juges n'ont pas le monopole de la défense des droits de l'homme et qu'il s'agit d'un sujet transversal. C'est là l'enjeu majeur des dispositifs canadien, anglais, australien et néo-zélandais.

Nous pourrions aussi imaginer des études d'impact enrichies. La difficulté est que le texte, à l'issue de la procédure législative, n'est pas celui qui a été présenté.

M. Dominique Rousseau. – La souveraineté de la loi est-elle en cause ? Cette question est classique des rapports entre la loi et la jurisprudence. Nous avons évoqué tout à l'heure le présupposé du constat qui était fait. Selon moi, il n'y a pas de souveraineté de la loi et je ne pense pas qu'il doive y en avoir.

Certaines théories classiques évoquent dès les années 1930 les moyens de contrebalancer le parlementarisme et identifient deux instruments : le référendum et le contrôle de constitutionnalité.

La souveraineté de la loi est impossible pour deux raisons. Tout d'abord, la loi ne sera jamais suffisamment précise pour s'imposer et faire que le juge n'ait qu'à l'appliquer, sans avoir à l'interpréter. Il y a nécessairement l'obligation pour celui qui doit appliquer la loi d'en déterminer le sens, parce qu'il n'est pas toujours visible.

Je vais vous donner un exemple. En 2012, j'ai eu l'honneur de participer à la commission présidée par le Premier ministre Lionel Jospin sur la rénovation et la déontologie de la vie publique. Nous devions réfléchir à la modification des règles de financement des dépenses électorales. Nous avons passé une demi-journée à essayer de définir la notion de dépense électorale. La jurisprudence nous a paru plus à même que la loi de s'adapter à l'évolution constante des pratiques. La commission a donc recommandé que le juge définisse au cas par cas ce qu'est une dépense électorale.

En outre, Condorcet notait dès 1793 dans son projet de Constitution qu'il fallait faire attention à l'absolutisme de la majorité. Il proposait déjà une forme de contrôle de constitutionnalité de la loi afin d'empêcher le Parlement, le cas échéant, de voter des lois qui iraient à l'encontre des droits de l'homme. La loi est faite de mots polysémiques, qui doivent être interprétés par le juge. Pour cette raison, à nouveau, la souveraineté de la loi est impossible.

Sur le lien entre le Conseil constitutionnel et le Parlement, je ne suis pas favorable à ce que les parlementaires fassent des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel, car vous reproduiriez le débat politique devant ce dernier.

Je siège actuellement au sein du Tribunal constitutionnel d'Andorre. Nous rendons entre 100 et 150 décisions par an. Chaque année, nous présentons un rapport d'activité au Parlement andorran. Nous attirons son attention sur les questions qui nous ont posé des problèmes. Cela permet d'instaurer un dialogue.

Le Tribunal constitutionnel d'Andorre contrôle la constitutionnalité des décisions de justice et n'a pas affaire au Parlement. Il faudrait donc abandonner le contrôle *a priori*, car cela met le Parlement et le Conseil constitutionnel en contact direct et immédiat. De plus, les juges constitutionnels devraient être nommés à la majorité des trois cinquièmes par le Parlement sur la base d'une expérience professionnelle et de compétences. Il me semblerait intéressant de donner au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité des décisions de justice et non uniquement de la loi. Il y a peut-être là une voie à creuser. Il s'agit d'un tout autre modèle de contrôle de constitutionnalité.

Sur les autres points, j'ai beaucoup de mal avec la question de la primauté du droit européen parce que cela revient à présenter le droit européen comme s'il s'agissait d'un droit extérieur. Or le droit européen est fait par les gouvernements et par la Commission européenne, qui est nommée par les États membres. Les États exercent leur souveraineté sur le droit européen. Les ministres définissent les projets et les commissaires préparent ce travail. Le droit européen est donc fait par les souverainetés juridiques des États.

J'ajoute que l'article 88-6 de la Constitution fait obligation au Gouvernement de faire connaître aux assemblées parlementaires les futurs actes qui seront adoptés par l'Union européenne. Le Parlement français a donc la possibilité de bloquer les directives en cas de désaccord.

M. Alain Richard, vice-président. - À condition qu'un nombre suffisant de Parlements nationaux partage son analyse, ce qui ne s'est jamais produit jusqu'à présent.

M. Dominique Rousseau. - Le mécanisme existe. Il y a donc des outils qui montrent que le droit européen est fait par les États membres et que ces derniers peuvent s'y opposer.

M. Bertrand Mathieu. - Je partirai de la question de la place du législateur et de la question de la place du politique. Nous avons une vision déformée si nous raisonnons exclusivement en termes de droits fondamentaux. La loi a d'abord pour mission de défendre l'intérêt général. Elle doit respecter les droits fondamentaux dans ce cadre. Le juge a aussi pour mission d'appliquer l'intérêt général tel qu'il a été défini par le politique et le législateur.

Si nous revenons aux cas pratiques qui ont été abordés sur l'immigration, la politique environnementale et le temps de travail des militaires, je dirai que ces questions sont éminemment politiques. Selon moi,

ce n'est pas au juge constitutionnel que la décision finale doit appartenir sur ces sujets en cas de crise. Il y a des évolutions qui posent problème.

Redonner sa place au législateur, c'est lui permettre de garder la main et de prendre la décision en dernier ressort. Dominique Rousseau parlait du dialogue où le juge constitutionnel explique au politique ce qui pose problème, mais nous pourrions faire l'inverse. Le politique pourrait aussi expliquer au Conseil constitutionnel quelles jurisprudences posent problème.

En ce qui concerne l'Europe, il faut donner au politique des moyens juridiques sur lesquels s'appuyer, sinon on ne remontera pas la pente. Cela consisterait à inscrire dans la Constitution un certain nombre de principes. On ne peut pas laisser au juge européen le soin de déterminer ce qui relève de l'identité nationale et ce qui relève de l'identité européenne.

Enfin, j'ai été très intéressé par ce qu'a dit Guillaume Tusseau sur les pratiques anglo-saxonnes et le fait d'instaurer des mécanismes institutionnalisés de dialogue entre le juge constitutionnel et le législateur, en trouvant les techniques adaptées.

M. Jean-Philippe Derosier. – Mon collègue Bertrand Mathieu a dit que, dans une démocratie, le politique doit avoir le dernier mot. Or selon moi, dans un État de droit, le dernier mot doit revenir au droit. L'important, dans une démocratie, est que ce droit soit élaboré au nom du peuple.

Dans notre système, le dernier mot revient au droit, mais le droit est la loi, l'application de la loi et ce qui permet l'élaboration de la loi. Lorsque le Conseil constitutionnel rend une décision qui va à l'encontre de ce que le législateur a décidé, les membres du Parlement sont en mesure de reprendre leur copie ou de réviser la Constitution.

Cela me permet de commencer à répondre à vos questions sur la place de la loi et du législateur. Au 19^e siècle, nous avons connu un culte de la loi, qui a débouché sur une forme d'absolutisme parlementaire. Il est donc heureux qu'il y ait désormais un organe qui soit en mesure de contrôler le Parlement, sans être au même rang que le législateur. Le juge constitutionnel a la gomme, mais il n'a pas le crayon, comme Dominique Rousseau le rappelle régulièrement. De plus, il est un outil qui pourrait être utilisé davantage, à savoir l'alinéa 2 de l'article 10 de la Constitution qui prévoit la possibilité pour le Président de la République de demander une nouvelle délibération d'un texte.

Sur le dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Parlement, il ne me choquerait pas que les auteurs d'une saisine puissent présenter des observations devant le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une audience qui ne serait pas publique. Il faut distinguer le contrôle *a posteriori* et *a priori*. Le législateur prendra le relais s'il décide d'intervenir au terme de la décision du Conseil constitutionnel.

Quant à la souplesse constitutionnelle en matière de circonstances exceptionnelles, le droit d'asile est reconnu par la Constitution. Le Conseil constitutionnel a montré ces deux dernières années à quel point il pouvait faire preuve de souplesse, avec des décisions qui sont rendues dans des délais records. Nous voyons à quel point l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé a primé sur les autres droits et libertés constitutionnellement garantis.

L'équilibre entre les responsables politiques et les magistrats est une bonne chose et le Conseil constitutionnel sait prendre ses responsabilités. Concernant sa composition, j'ajouterais une suggestion visant à renforcer les compétences requises pour y siéger, dans un souci de lisibilité et de message envoyé.

Pour finir, je ne pense pas que l'identité constitutionnelle doive être définie par un texte normatif autre que les décisions juridictionnelles. Ce concept a été repris par le juge constitutionnel français et abordé par le juge européen et d'autres juges sous différentes appellations.

Il faut qu'il y ait de la souplesse, car le droit ne peut pas tout prévoir. Il n'y a pas d'usage abusif du concept d'identité constitutionnelle. Le juge constitutionnel français n'a pas fait référence à ce concept de façon récurrente pour freiner l'intégration européenne ou la volonté du législateur. Il en fait un usage parcimonieux pour rappeler que l'intégration européenne peut se faire, selon la volonté des États.

M. Paul Cassia. – Je suis rassuré parce qu'il me semble que le « gouvernement des juges » n'existe pas en France.

En outre, il me semble que le Parlement fait peser sa propre faiblesse sur un bouc émissaire qui serait le juge. Sa propre faiblesse me semble résulter de la Constitution, elle a été pensée en 1958. Les traités européens ont été intégrés dans la Constitution.

Ce paradoxe pourrait être facilement résolu puisque le dernier mot doit appartenir au politique. Exercez donc votre souveraineté ! Pourquoi ne le faites-vous pas ? Pourquoi n'avez-vous davantage utilisé l'article 88-6 de la Constitution, même s'il est limité à la subsidiarité ?

De plus, le Conseil d'État vous dénie un intérêt à agir contre un acte administratif ou contre une ordonnance de l'article 38 tant qu'elle a un caractère administratif. Pourquoi ne surmontez-vous pas cette jurisprudence ? Vous avez failli le faire il y a quelques mois. Il suffirait qu'une disposition législative confère de plein droit intérêt et qualité aux parlementaires pour saisir le juge administratif, ce qui vous est interdit. Cela me paraît particulièrement choquant.

Enfin, vos rapports avec le Conseil constitutionnel sont importants en effet pour revaloriser votre rôle. Je ne suis pas favorable au dialogue informel ou fermé parce que le Parlement est justiciable devant le Conseil

constitutionnel. En revanche, dans le champ de la QPC, votre dépossession me scandalise, car la séparation des pouvoirs n'est pas assurée, comme Guillaume Tusseau l'a souligné.

Comment se fait-il que le gouvernement français représente la loi devant le Conseil constitutionnel alors que cela est la mission du Parlement ? Il faudrait entamer une réflexion sur le monopole de la représentation de la défense de la loi.

S'agissant des contributions extérieures, je trouverais formidable que des contributeurs interviennent dans le contrôle *a posteriori*. Cela serait une manière de manifester votre point de vue devant le juge constitutionnel. Si je peux me permettre, saisissez-vous des outils existants. Pour le reste, il faut faire confiance à la retenue des juridictions.

M. Alain Richard, vice-président. – Je vous remercie très vivement pour ces échanges denses et créatifs. Nous en tirerons le plus grand profit.

**Audition de Mme Angelika Nussberger, professeure
de droit constitutionnel à l'Université de Cologne, ancienne juge
à la Cour européenne des droits de l'homme,
et M. Mattias Wendel, professeur
de droit public à l'Université de Leipzig**

(Mardi 25 janvier 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie, Madame Nussberger et Monsieur Wendel, qui est avec nous en visioconférence, d'avoir accepté de participer à cette audition conjointe organisée par la mission d'information que le Sénat a constituée pour travailler sur la judiciarisation de la vie publique.

Notre mission d'information s'intéresse à ce qui nous semble être la place grandissante prise par les juridictions nationales et européennes dans la production de la norme et dans la prise de décision publique, ainsi qu'à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie représentative et sur la capacité du pouvoir politique à mettre en œuvre des politiques publiques efficaces.

Votre audition nous intéresse à un double titre : d'abord, dans une perspective de droit comparé, il est intéressant pour nous de savoir si les questions que nous nous posons sont également débattues en Allemagne ou si un équilibre plus satisfaisant a pu y être été trouvé ; ensuite, sous l'angle du droit européen, à la fois droit de l'Union européenne et droit de la Convention européenne des droits de l'homme ; je précise que vous avez siégé, Madame Nussberger, comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme pendant une dizaine d'années ; vous avez donc une connaissance approfondie du fonctionnement concret de cette institution.

Vous avez reçu un questionnaire indicatif qui précisait les préoccupations du rapporteur. Je vais vous laisser la parole pour une intervention liminaire, qui vous permettra de répondre à une partie de nos interrogations, puis vous aurez la possibilité d'aborder d'autres aspects du sujet au fil de nos questions. Vous pourrez également nous adresser une contribution écrite pour compléter le cas échéant votre présentation. Je précise que l'audition fait l'objet d'une captation et d'une diffusion sur le site internet du Sénat et je vous cède la parole sans plus tarder.

Mme Angelika Nussberger, professeure à l'Université de Cologne, directrice de l'académie pour la protection des droits de l'homme en Europe, ancienne juge à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). – Je suis très honorée d'être auditionnée par votre commission sur un sujet très important en France comme en Europe. Ce sujet mérite une approche nuancée. Je répondrai point par point aux interrogations contenues dans votre questionnaire écrit.

Vous me demandez si je partage l'idée de Pierre Steinmetz et Jean-Éric Schoettl d'une montée en puissance progressive d'un pouvoir juridictionnel qui affaiblirait la démocratie représentative. Il est incontestable que l'on observe l'émergence progressive d'un pouvoir juridictionnel, mais cela n'entraîne pas nécessairement un affaiblissement de la démocratie représentative. Les cours constitutionnelles se sont emparées de nouvelles compétences non écrites dans la Constitution. Ce fut le cas en Allemagne, où la Cour de Karlsruhe a par exemple dans les années 1950 défini son rôle comme celui d'un organe constitutionnel ; ce n'était pas explicitement écrit dans la Constitution allemande. Elle a aussi décidé d'apprécier les violations des droits de l'homme non seulement sur la base de la Constitution allemande, mais aussi par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La même évolution a eu lieu en France ou aux États-Unis : la Cour suprême américaine a d'ailleurs été pionnière avec l'arrêt *Marbury v. Madison*, s'octroyant un rôle de contrôle qui ne figurait pas dans la Constitution. Ce qui est frappant, c'est que cette évolution a été acceptée par le pouvoir politique – sauf peut-être lorsque la Cour de justice des Communautés européennes a fait la même chose avec les arrêts *Costa c/ Enel* et *van Gend & Loos* pour définir la hiérarchie entre les constitutions nationales et les traités européens, car cette question suscite toujours des débats.

Les critiques de MM. Steinmetz et Schoettl sont très vives ; ils parlent d'une hypertrophie du pouvoir judiciaire et d'une scission entre la justice et la démocratie représentative. Je ne partage pas ce diagnostic. Je ne nie pas l'existence de risques pour la démocratie, mais en même temps cette évolution présente des opportunités. Le contrôle de constitutionnalité offre la possibilité d'un changement de perspective. La possibilité de requêtes individuelles fait que les lois peuvent être considérées du point de vue des droits de l'individu ; en outre, l'argumentation des cours est très rationnelle,

et ce recours offre la possibilité d'un second examen d'une règle de droit. Le point négatif est le manque de transparence, car les délibérations de la cour ne sont pas publiques, et cela fournit des arguments au populisme.

La CEDH est-elle devenue un arbitre sur les questions de société ? Oui, dans la mesure où doit se prononcer sur toutes les questions d'actualité relatives à la mort, à la vie, à la religion, au climat, au genre, etc. Sa mission est de fournir un cadre clair définissant les solutions susceptibles d'être apportées à ces questions dans le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle indique si des lois transgressent ce cadre : par exemple, elle fixe des lignes rouges sur la manière de définir l'indépendance des juges. Mais les sociétés réagissent de façons très différentes sur certains sujets. J'observe ainsi que les décisions concernant les droits des personnes LGBTQ sont bien acceptées en Europe de l'Ouest, mais moins bien en Europe de l'Est. On peut donc difficilement parler de succès si une partie de l'Europe ne suit pas ses décisions.

La Cour de Strasbourg est attentive aux éventuelles répercussions politiques de ses décisions. Le juge n'est pas en lévitation ! Dans l'affaire *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, la Cour a ainsi pris en compte la situation en Russie pour estimer que l'imposition, pour certaines infractions, de la réclusion à perpétuité pour les hommes et d'une peine maximale de vingt ans d'emprisonnement pour les femmes ne constituait pas une violation de la Convention européenne : en effet, elle a estimé qu'un changement de législation aboutirait à une détérioration de la situation des femmes, non à une amélioration de celles des hommes.

La question de l'activisme judiciaire revient régulièrement. Tantôt les juges sont accusés d'aller trop loin, tantôt de ne pas aller assez loin... Finalement, on est au milieu ! Les juges sont très conscients de cette problématique. L'essentiel est que les juges s'interrogent toujours sur leur rôle dans chaque affaire pour trouver la bonne solution.

Il y a eu une période d'activisme judiciaire dans les années 1970, lorsque les juges ont commencé à développer leur pouvoir d'interprétation de la convention, cette « beauté dormante », et au début du XXI^e siècle, lorsqu'il a fallu redéfinir certains de nos standards avec nos collègues de l'Est, mais je ne perçois pas une tendance permanente à l'activisme, sans doute en raison du mouvement de critique à l'égard de l'action de la Cour.

L'action des juges peut-elle faire obstacle à la conduite de politiques publiques efficaces, par exemple sur les questions d'asile et d'immigration ? Il importe de ne pas faire des promesses que l'on ne peut pas tenir, car le risque est de perdre son autorité ; on voit les problèmes avec la Pologne ou la Biélorussie, où les cours ont beaucoup de mal à mettre en œuvre nos standards européens. Le juge de Strasbourg doit se prononcer sur des cas concrets, il n'est pas toujours facile d'en tirer des principes généraux. C'est

pourquoi la Cour évoque souvent les circonstances exceptionnelles pour signifier que la solution retenue n'est pas généralisable.

Peut-on parler d'une concurrence entre cours ? Il existe un dynamisme dans le développement des droits de l'homme, en effet. Toutes les cours ont la même mission. La meilleure solution contre un dynamisme incontrôlé me semble être le dialogue entre les juges.

La judiciarisation de la vie politique est aussi un grand débat en Allemagne, mais de manière différente qu'en France : le taux d'acceptation par la population des décisions de la Cour constitutionnelle s'élève à 80 %, contre 30 % environ pour les décisions du Parlement. Le rôle des juridictions n'est donc pas à l'agenda des campagnes électorales, mais cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de débat sur certains jugements, comme ceux rendus sur le climat ou sur le droit de choisir sa mort. Là encore, certains estiment que les juges vont trop loin, d'autres qu'ils ne vont pas assez loin...

L'arrêt de la Cour de Karlsruhe du 5 mai 2020 sur le rachat de titres par la BCE, par lequel la Cour prenait à contrepied la position de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a été très critiqué. En théorie, ce jugement me semble correct. La Cour a défini une ligne rouge qui est l'arbitraire : si une autre cour prend des décisions arbitraires, il ne faut pas la suivre. Reste à définir la notion d'arbitraire, et il n'appartient pas à une cour unique de la définir. Il convient de trouver une définition européenne. C'est pourquoi je trouve que ce jugement était contestable.

La notion d'identité constitutionnelle est bien enracinée dans le droit allemand. L'article 79.3 de la Loi fondamentale soustrait indéfiniment certains sujets, comme ceux relatifs à la dignité de l'homme, aux possibilités de révision constitutionnelle, et sert à la Cour de Karlsruhe pour délimiter les compétences entre la CJUE et les juridictions allemandes. Mais cette notion d'identité, quoique très utilisée, demeure vague et on pourrait considérer que tous les droits de l'homme relèvent de cette identité constitutionnelle. Il conviendrait que les cours travaillent ensemble pour définir clairement cette notion, pour éviter qu'elle ne serve de prétexte à refuser des évolutions européennes.

Un rééquilibrage entre le juge et le politique est-il possible ? Avoir conscience des problèmes fait déjà partie de la solution ! Il faut mener une discussion ouverte sur les rôles respectifs de la politique et des juges - à l'image du travail de votre mission d'information. Le dialogue entre les juges est nécessaire, mais il doit être complété par un dialogue entre les juges et le politique. Il convient aussi de comprendre les causes du dynamisme judiciaire. Il ne faut pas oublier non plus le rôle des médias. Nous devons aussi analyser le phénomène de *strategic litigation*, qui consiste à s'adresser au juge pour régler des problèmes politiques, par exemple sur le climat. Dans quelle mesure cette démarche est-elle acceptable ? Il faut prendre au sérieux le fait que tous les standards européens ne sont pas acceptés par la

moitié du continent. Enfin, nous devons nous demander ce que signifie le « progrès » en matière de droits de l'homme : l'évolution est-elle toujours linéaire, toujours dans le même sens ? La pandémie nous a contraints à nous interroger sur le degré de restrictions acceptable, sur l'articulation entre les droits des individus et ceux de la communauté.

Il existe un espace de dialogue entre les politiques et les juges à travers un dîner annuel entre les membres du gouvernement fédéral et les membres de la Cour de Karlsruhe. Celui-ci a d'ailleurs été critiqué dans la mesure où il est intervenu juste avant que la Cour ne rende un jugement relatif à l'épidémie. Il faut aussi souligner que les autorités sont impliquées dans la procédure devant la Cour constitutionnelle : dans un jugement, après les arguments développés par le requérant, sont présentés ceux développés par le gouvernement, le Parlement, les Länder, les églises, etc. C'est le reflet d'un dialogue juridique.

La Cour de Karlsruhe a adopté récemment un code d'éthique, c'est une bonne chose. Cela répondait à un besoin. Mais je ne pense pas qu'il faille pour autant demander aux juges de rendre compte de leur activité, car cela réduirait leur indépendance.

M. Mattias Wendel, professeur de droit public à l'Université de Leipzig. – La question du rôle du pouvoir judiciaire dans la démocratie représentative est à la fois cruciale et fascinante. Il est difficile d'apporter une réponse unique, car il n'existe pas d'absolu en la matière, tout est relatif, tout dépend des pays et des contextes nationaux. Chaque cour s'inscrit dans un contexte institutionnel particulier. Toutes les cours ont toutefois pour mission de faire respecter le droit sans dépasser les limites de leur mandat.

Je commencerai par les questions relatives au droit européen. Dans son arrêt du 5 mai 2020, qui a été très discuté, la Cour de Karlsruhe a estimé que la CJUE et la BCE avaient agi *ultra vires*. Le raisonnement de la Cour était très discutable. La Cour de Karlsruhe a exigé un contrôle plus important de la BCE par la CJUE : la BCE étant indépendante, elle devrait faire l'objet d'un contrôle accru, notamment sur les limites de son mandat. Au-delà du cas d'espèce, l'arrêt remet en question l'idée d'une communauté européenne de droit en général, envoyant le message qu'il ne faut pas toujours se conformer aux arrêts de la CJUE. De ce point de vue, l'arrêt se situe à la pointe d'une longue évolution d'opposition au droit de l'Union européenne. Toutefois je crois que cet arrêt restera exceptionnel. C'est la seule fois où la Cour a constaté un acte *ultra vires*. Cet arrêt n'a eu aucune conséquence juridique par la suite, le conflit a été réglé politiquement et la Commission européenne a mis fin à la procédure d'infraction.

L'arrêt de la CJUE sur la conservation des données n'a pas donné lieu en Allemagne à un débat aussi intense qu'en France ; la conservation des données est considérée de manière critique par la plupart des citoyens. La Cour de Karlsruhe avait déjà jugé en 2010 que la législation fédérale était contraire à la Constitution, avant donc l'annulation de la précédente

directive par la CJUE en 2014. En revanche, il y a eu un débat intense en 2000 à propos de l'arrêt *Tanja Kreil* qui demandait à l'Allemagne d'ouvrir ses forces armées aux femmes. Je n'ai pas l'impression toutefois que la CJUE souhaite investir plus largement le domaine régalien. Elle conçoit simplement de manière restrictive les éventuelles exceptions au champ d'application du droit de l'Union européenne. Ce raisonnement est perceptible dans l'affaire du temps de travail des militaires ; la Cour a d'ailleurs explicitement exclu différents domaines et activités militaires du champ d'application du droit de l'Union européenne et a même laissé aux juridictions slovènes le soin d'estimer, en l'espèce, si les activités mentionnées étaient concernées ou non.

Comment le pouvoir politique peut-il intervenir ? Le droit en Europe est fortement influencé par le droit dérivé, par la législation de l'Union européenne. Certains en Allemagne, à l'image d'un ancien juge constitutionnel, estiment que le droit européen est trop constitutionnalisé : beaucoup de détails sont définis de manière trop précise par les traités et ne peuvent donc guère être modifiés par le politique. Mais cette thèse n'est pas convaincante : la relation entre le droit primaire et le droit dérivé européens est différente de la relation entre le droit constitutionnel et le droit législatif national. La CJUE reconnaît en effet au législateur européen une plus grande marge de manœuvre que la Cour de Karlsruhe n'en accorde au législateur allemand. Les traités peuvent ainsi être concrétisés par le législateur de l'Union européenne, qui peut aussi modifier le droit dérivé, les directives et règlements. Par exemple, en ce qui concerne la citoyenneté de l'Union européenne, la CJUE a suivi la voie tracée par le législateur européen dans la directive de 2004 sur la citoyenneté de l'Union : cela se traduit par un accès plus restrictif aux prestations sociales par rapport à la jurisprudence antérieure. La CJUE a d'ailleurs été critiquée en Allemagne pour ne pas avoir corrigé le législateur européen en s'appuyant sur le droit primaire. Les critiques estiment que la CJUE n'aurait pas suffisamment agi comme juge constitutionnel. Fondée ou non, cette critique prouve que le législateur a une certaine influence sur la jurisprudence, même lorsqu'il s'agit d'un droit ancré dans les traités.

Autre exemple, le droit relatif à l'immigration : avec ses arrêts de 2015 et 2016 concernant l'application et l'interprétation du droit dérivé. La CJUE a suivi la position du législateur européen sur le mécanisme de Dublin, en dépit des défaillances de ce dernier pendant la crise, et contre l'avis de l'avocat général.

La législation en la matière est donc modifiable si le législateur le souhaite, seuls manquent la volonté et un accord politiques. De même, en ce qui concerne le temps de travail des militaires, il suffirait au législateur de modifier la directive pour régler le problème.

Je partage l'analyse **d'Angelika Nussberger sur la concurrence entre les cours suprêmes**. Le pluralisme des cours n'est pas une mauvaise

chose. Il peut être considéré comme une forme de répartition des fonctions entre différents niveaux. Ce qui importe, c'est le dialogue constructif entre les juridictions. Les décisions d'une cour doivent être perméables aux sensibilités exprimées par un autre niveau de juridiction. Lorsque ce dialogue ne fonctionne plus et que les juges ne s'écoutent plus, le problème doit être résolu politiquement, à l'image du conflit récent entre la CJUE et la Cour de Karlsruhe.

La question du respect de l'identité constitutionnelle de chaque pays est très vaste. De nombreuses cours nationales invoquent cette notion, mais lui donnent une définition différente ; en France, une modification de la Constitution est toujours possible, mais, en Allemagne, les limites liées à l'identité constitutionnelle s'imposent au législateur constitutionnel.

Néanmoins, aucun État membre ne peut invoquer son identité constitutionnelle pour déroger de manière unilatérale au droit européen, car l'uniformité de ce dernier serait menacée. Toutefois, l'Union européenne doit respecter les identités constitutionnelles nationales : d'où l'importance des raisons justificatives ou de l'application du principe de proportionnalité.

J'en viens au droit comparé. Le débat sur le rôle du pouvoir juridictionnel dans l'État de droit existe depuis longtemps en Allemagne. Le débat est régulièrement relancé à l'occasion de décisions controversées sur le plan sociopolitique, comme celles sur le mariage homosexuel, la lutte contre le changement climatique ou contre l'épidémie de covid. La Cour de Karlsruhe continue toutefois de jouir d'une bonne image dans la population. L'ordre constitutionnel allemand exige un niveau de contrôle élevé de la part des tribunaux. Cela reflète une méfiance, liée à l'histoire, à l'égard des abus possibles du pouvoir de l'exécutif. Le contrôle judiciaire n'est pas perçu comme une menace pour la démocratie dans la même mesure que dans d'autres pays. La Cour sait faire preuve de retenue, comme on l'a vu dans la gestion de la pandémie où elle a reconnu une marge de manœuvre plus large au législateur fédéral - elle s'est d'ailleurs référée explicitement au Conseil constitutionnel.

Les systèmes institutionnels français et allemands sont très différents. L'Allemagne est un pays fédéral et le gouvernement fédéral a surtout un rôle de représentation. Le contrôle de subsidiarité n'est que très peu utilisé en Allemagne, ce qui est étonnant car le Parlement allemand dispose d'une administration relativement importante capable de suivre la législation européenne, mais la subsidiarité ne semble pas être une priorité sur le plan politique.

Vous m'interrogez aussi sur les espaces de dialogue entre les juges et les politiques susceptibles d'atténuer les incompréhensions qui se manifestent parfois. Il existe peu de forums officiels permettant ce dialogue en Allemagne. Cette réticence est probablement due au souci de ne pas

compromettre l'indépendance des juges. Le dîner annuel entre le gouvernement et les juges suscite des critiques comme cela a été rappelé.

Faut-il envisager d'instaurer des règles de disciplines ou de déontologie pour les juges ? La Cour de Karlsruhe a adopté un code de déontologie. Toutefois je suis très prudent à l'égard de tels projets. La situation en Pologne montre que l'indépendance des juges, bien précieux dans un État de droit, peut vite être menacée par des règles disciplinaires.

La volonté de toujours mieux protéger les droits fondamentaux peut-elle nuire à la capacité des gouvernements de conduire des politiques publiques efficaces, notamment sur les questions d'asile ou d'immigration ? À cet égard, je voudrais d'abord souligner que le rôle principal des droits fondamentaux est de limiter et d'encadrer les pouvoirs publics, y compris le législateur. Une certaine limitation des politiques publiques par les droits fondamentaux, même si elles sont efficaces, est le reflet d'une démocratie et d'un État de droit qui fonctionnent. Le domaine du droit d'asile montre, à travers de nombreux exemples, l'importance du respect de ces droits fondamentaux dans la pratique. Certes, dans un ordre constitutionnel libéral, la reconnaissance de droits individuels peut mettre des limites à l'intérêt collectif, mais je ne vois pas de déséquilibre structurel dans le droit européen de l'immigration.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence de la CJUE se réfère avant tout au droit dérivé, qui pourrait être modifié s'il existait une volonté politique. La Cour a constamment appliqué les droits fondamentaux dans les domaines de l'asile et de l'immigration de manière différenciée et équilibrée. On le voit dans les cas de transfert de demandeurs d'asile d'un État membre à un autre en vertu du règlement de Dublin. Dans ces affaires, la Cour de Luxembourg a toujours eu aussi pour objet le fonctionnement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), ainsi que la confiance mutuelle entre les États membres. La CJUE n'a d'ailleurs pas hésité à entrer en conflit avec la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Tout cela me ramène à votre première question : est-ce que je partage l'observation générale selon laquelle il y aurait une montée en puissance progressive d'un pouvoir juridictionnel qui affaiblirait la démocratie représentative ? Je ne peux pas souscrire à une telle thèse de manière aussi générale. Il peut y avoir, ici et là, des arrêts critiquables ainsi que des conflits sur les compétences entre le niveau national et le niveau européen. Je ne constate cependant pas d'augmentation du pouvoir judiciaire susceptible d'affaiblir structurellement la démocratie représentative, ni au niveau de l'Union européenne ni dans une perspective de droit comparé en Allemagne.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – En quoi la Cour de Karlsruhe serait-elle différente du Conseil constitutionnel français dans son rôle ? La semaine dernière, une universitaire française, que j'ai entendu

s'exprimer à l'occasion d'un colloque, expliquait que la Cour de Karlsruhe avait une conception de son rôle qui en faisait un coconstructeur de la loi. En France, nous avons plutôt le sentiment que le Conseil constitutionnel a un rôle soit d'acceptation, soit de censure de la loi. Existe-t-il entre ces deux institutions une vraie différence ou s'agit-il d'une illusion de notre part ?

Ma deuxième question concerne ce que j'appelle le « jeu des vases communicants ». D'un point de vue français, on pourrait se dire que, dans le cadre d'un régime dit « présidentiel », le rôle du Parlement est faible. Et si ce rôle est faible, il apparaît logique que le rôle des juges administratif, constitutionnel et pénal soit fort. Inversement, si le Parlement était plus fort, le rôle des différents juges, qu'ils soient administratif, constitutionnel et pénal, dans la production de la norme juridique serait moins important. Constate-t-on ce phénomène de vases communicants dans une démocratie très parlementaire comme la démocratie allemande ?

Mme Angelika Nussberger. – Il faut toujours avoir un petit regard sur l'histoire. En Allemagne, on ne peut pas comprendre la position très forte de la Cour constitutionnelle sans considérer l'héritage de Weimar. On a voulu éviter de répéter les erreurs passées. Nous avons une belle constitution de Weimar, mais elle n'a pas permis d'éviter le nazisme. C'est pourquoi nous avons souhaité nous doter d'un gardien très fort. C'est tout à fait différent en France avec Charles de Gaulle, qui avait une expérience différente du Parlement sous la IV^e République. Vous avez utilisé une très belle métaphore en disant que la Cour constitutionnelle allemande jouait un rôle de coconstructeur de la loi. C'est exact !

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – En quoi consiste ce rôle ? Quelle est la différence par rapport au Conseil constitutionnel ?

Mme Angelika Nussberger. – Avant de voter une loi, en Allemagne, on se demande toujours si elle est susceptible d'être acceptée par la Cour constitutionnelle. C'est ce qui ressort très clairement des débats politiques.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Quand le parti social-démocrate d'Allemagne (SPD) ou l'Union chrétienne-démocrate d'Allemagne (CDU) proposent une loi, exposent-ils au préalable par écrit en quoi leur proposition est constitutionnelle ? ou cette question est-elle simplement débattue au cours de la discussion parlementaire ?

Mme Angelika Nussberger. – C'est la deuxième option : on débat beaucoup de la constitutionnalité des textes en discussion. La Cour de Karlsruhe ne fait pas que censurer, elle a développé plusieurs approches. Elle peut décider que le texte est constitutionnel, mais que les choses pourraient changer avec le temps. Elle peut aussi dire que le texte ne convient pas et définir quelques règles temporaires. Elle peut également demander une nouvelle loi, en fixant une date butoir.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Cela se produit-il souvent ?

Mme Angelika Nussberger. – Tout à fait, par exemple s’agissant du climat où tous les principes tirés de la Constitution ont été détaillés. C’est un jeu de ping-pong entre le Parlement et la Cour constitutionnelle.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Faites-vous une différence entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* ? *Quid* des lois votées il y a trente ans par le Bundestag ? Connaissez-vous comme en France ce double contrôle ?

Mme Angelika Nussberger. – La Cour Constitutionnelle n’opère pas de contrôle avant l’adoption d’une loi, excepté pour les traités internationaux.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Avez-vous une procédure équivalente à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en France pour d’anciennes lois encore en vigueur ?

Mme Angelika Nussberger. – Oui, ça a d’ailleurs été une pratique courante dès les années cinquante.

M. Mattias Wendel. – Je mettrai l’accent sur le droit procédural. Une des spécificités de la Cour constitutionnelle allemande est l’existence des recours individuels. Cet instrument permet à chaque citoyen de saisir la Cour de Karlsruhe. Cette procédure a permis à la Cour de Karlsruhe de reconstruire presque toute la vie sociale en termes de droit constitutionnel. Dans le cadre d’un recours individuel, il est possible, sous certaines conditions, d’attaquer une loi qui n’a pas encore été promulguée. Il existe donc bien des cas de contrôle *a priori*. Certes, nous n’avons pas les mêmes normes que la France. Nous n’avons pas d’article 54 de la Constitution française ; nous n’avons pas non plus d’article 61 ; mais il existe des équivalents fonctionnels.

Autre grande différence, presque tous les membres de la Cour sont des professeurs ou des juges. Bref, ce sont tous des juristes, contrairement à ce que l’on voit en France, où Dominique Schnapper, qui est sociologue, a par exemple été nommée au Conseil constitutionnel. Cela amène certainement une manière spécifique de formuler les jugements. Les motifs des décisions de Karlsruhe se lisent presque comme un manuel de droit !

La troisième différence est la perception par la population. Angelika Nussberger l’a souligné, les jugements de la Cour constitutionnelle sont discutés en public. Souvent, les arguments sont encadrés d’une terminologie juridique.

Sur ces sujets, je vous renvoie à un ouvrage coécrit par Aurore Gaillet, Thomas Hochmann, Nikolaus Marsch, Yoan Vilain et moi-même, et intitulé *Droits constitutionnels français et allemand, perspective comparée*.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Avant d’en revenir à la question des vases communicants, pourriez-vous être plus précis sur la relation entre le Parlement et la Cour de Karlsruhe ? Comment cela

fonctionne-t-il ? Imaginons que le Bundestag adopte telle ou telle disposition, imaginons que deux mois plus tard la constitutionnalité du texte soit contestée, comment le Bundestag argumentera-t-il ? Le fait-il par l'intermédiaire de son président ou de sa présidente ? Fait-il appel à un avocat pour porter la parole du Bundestag devant la Cour de Karlsruhe ? Est-ce à chaque groupe politique du Bundestag d'adresser son argumentation ? Comment est perçue cette argumentation ?

En France, nous discutons sur le fait de savoir s'il faut aller dans ce sens. Ce n'est pas interdit, mais ce n'est pas la pratique française. Une partie des universitaires nous dit oui et l'autre nous dit « surtout pas, vous vous inquiétez de la judiciarisation de la société française : en portant vous-mêmes votre argumentation devant le Conseil constitutionnel, vous augmenterez encore plus le rôle des juridictions ». Que faut-il penser de cette expression du Parlement auprès de la Cour de Karlsruhe ?

M. Mattias Wendel. – Les lois, en Allemagne, sont souvent préparées dans les ministères. Le Parlement décide ensuite. En cas de litige devant la Cour constitutionnelle, c'est souvent un professeur de droit constitutionnel qui défend la position du Parlement, voire parfois celle du Gouvernement, devant la Cour de Karlsruhe. Il s'agit souvent de personnes qui se connaissent très bien et qui se sont côtoyées professionnellement durant des années. Quelquefois, des avocats sont engagés, mais c'est plus rare.

Mme Angelika Nussberger. – Lors du jugement sur le climat, on a pu lire d'abord la position du Gouvernement, puis il a été ajouté que l'opposition n'était pas tout à fait d'accord avec l'argumentation de la majorité, explications à l'appui. Nous avons une nouvelle loi sur l'épidémie et les mesures à prendre. Dans les débats au Parlement, l'argument juridique de la proportionnalité a été mis en avant. Nous avons donc assisté à une judiciarisation du débat parlementaire.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Et sur les vases communicants ? Un parlement plus fort, un juge moins fort ? On dit beaucoup qu'en France, comme le Parlement n'est pas fort, le juge pénal est fort. On dit aussi qu'en Allemagne, pays où la démocratie parlementaire est forte, le juge pénal est peu présent. Qu'en est-il de cette théorie des vases communicants ?

M. Mattias Wendel. – Le contrôle de l'action administrative par le juge administratif est plus intensif et profond en Allemagne qu'en France. En revanche, l'accès aux différentes juridictions est plus difficile en Allemagne en raison de la notion de droit subjectif. Si un citoyen veut avoir accès à une cour administrative, il doit démontrer qu'il est affecté dans un droit subjectif. Ce n'est pas le cas en France. Mais, une fois établi l'accès aux cours, les tribunaux administratifs vont examiner les affaires de façon plus approfondie qu'en France. Cette caractéristique ne me semble pas liée à la

différence de nature entre les systèmes de gouvernement, il s'agit plutôt d'une très vieille tradition propre à l'Allemagne.

En ce qui concerne le juge pénal, les actions pénales contre les hommes et femmes politiques sont plus rares en Allemagne qu'en France. La raison de ce phénomène ne tient pas à la nature de notre système de gouvernement, mais semble plutôt liée à des raisons relatives au droit matériel pénal.

Mme Angelika Nussberger. – L'image des vases communicants ne s'applique pas réellement à l'Allemagne. Notre système de contrôle est davantage lié à notre histoire. C'est ce qui explique notre méfiance vis-à-vis de ceux qui exercent le pouvoir, y compris le législateur. C'est plutôt l'idée de méfiance que celle d'équilibre qui nous a conduits à nous doter d'une juridiction administrative très forte.

Le pénal n'entre pas tellement en ligne de compte. Des plaintes ont certes été déposées contre Mme Merkel, mais elles n'ont pas été prises très au sérieux. Pour nous, il faut laisser de la marge de manœuvre au politique.

M. Jean-Yves Leconte. – Vous avez relevé, peut-être avec regret, le manque de transparence des délibérations de la Cour constitutionnelle. Proposez-vous des évolutions ou considérez-vous que le secret des délibérés est une chose importante dans un certain nombre de cas ?

Après avoir comparé la situation entre l'Allemagne et la France, pouvez-vous essayer de dresser un tableau de ce qui se passe dans les autres pays européens ? Vous faites allusion à l'histoire allemande. Certains pays d'Europe centrale devraient ressentir la même méfiance à l'encontre d'un pouvoir judiciaire à la solde de l'exécutif. Or nous constatons une évolution inquiétante dans ces pays. Comment le percevez-vous ?

Dernière remarque faisant suite à la question de notre rapporteur, il est vrai que les articles 34 et 37 de notre Constitution définissent très clairement ce qui est du domaine de la loi et ce qui est du domaine réglementaire : sur un certain nombre d'éléments qui cadrent l'action publique, nous ne pouvons donc rien en tant que parlementaires, nous ne pouvons éventuellement saisir la justice administrative qu'en tant que citoyens pour contester un certain nombre de décisions de l'exécutif, ce qui montre la faiblesse du Parlement, y compris durant la crise sanitaire. C'est pourquoi nous avons *in fine* besoin d'une justice administrative forte. Comment cela se passe-t-il en Allemagne ?

Mme Angelika Nussberger. – J'ai parlé d'un manque de transparence, en lien avec le secret des délibérés. Loin de moi l'idée de remettre en cause le secret des délibérés, il ne faut surtout pas y toucher ! Certes, il doit bien exister des opinions dissidentes au sein de la Cour, mais le jugement est unanime et peu importe comment les juges constitutionnels y sont parvenus. C'est toute la différence avec le Parlement où les différents partis exposent de manière publique leurs arguments. Voilà pourquoi je

pense que les questions de société fondamentales doivent être traitées par le Parlement, cela a pour effet de pacifier ces débats !

La justice constitutionnelle est un facteur qui corrige, mais elle ne prend pas l'initiative. Le débat de base doit avoir lieu au Parlement, surtout sur des questions comme l'avortement ou l'aide à mourir. La discussion doit être la plus ouverte possible si l'on veut que les solutions soient acceptées.

En revanche, pour les jugements, si nous avons accès au raisonnement, nous ne savons pas comment l'équilibre s'est construit. Pour autant, je n'éprouve aucun regret quant au secret des délibérés, surtout ne changeons rien !

Vous m'avez interrogée sur les développements dans les pays de l'Est. J'ai beaucoup travaillé sur ces sujets : contrairement à ce qui se passe en France, le taux d'acceptation de la justice administrative par les citoyens y est très faible, notamment en raison des soupçons de corruption. Pourtant, il existe un grand besoin de contrôle de l'exécutif et du législatif dans ces pays. Je travaille pour la Commission de Venise. On voit qu'il faut trouver des solutions. Mais la tradition de confiance par rapport à la justice administrative n'est pas la même qu'en France.

Qui peut agir ? Le Parlement ou l'exécutif ? Ce point est réglé chez nous par un article aux termes duquel les règles de bases doivent être fixées dans la loi, seuls les détails peuvent être définis par l'exécutif par la voie réglementaire. La question s'est beaucoup posée au début de l'épidémie où nous avons enregistré un mouvement vers l'exécutif : le Parlement a voté des lois très vagues, complétées par le règlement. Mais il y a eu des critiques suivies d'un revirement. Le législateur a alors commencé à redéfinir toutes les catégories de façon plus détaillée. Si le législatif donne le pouvoir à l'exécutif, il peut donc toujours le reprendre !

M. Mattias Wendel. - Sur le rapport entre exécutif et législatif, comme l'a souligné Angelika Nussberger, nous n'avons pas de système comparable à l'article 34 et à l'article 37 de la Constitution française. Cela fonctionne différemment. Nous avons même une doctrine selon laquelle les éléments importants pour l'exercice des droits fondamentaux doivent être réglés par une loi. C'est donc une logique différente : il n'y a pas de distinction entre ce qui relève du domaine de la loi et ce qui relève du règlement. Il existe, bien sûr, une délimitation de compétences, mais *via* le fédéralisme allemand. Il importe donc de toujours bien se poser la question : est-ce que c'est la fédération qui a compétence ou est-ce que ce sont les Länder ? Cette séparation des pouvoirs joue un rôle très important dans le système allemand.

Où pourrait-on situer le système de gouvernement de l'Allemagne en ce qui concerne le Parlement ? C'est une question difficile à trancher. Il s'agit clairement d'un système parlementaire, mais dans lequel le Parlement,

même si la majorité parlementaire soutient toujours le Gouvernement, joue un grand rôle en termes d'opposition. Il importe de bien l'avoir à l'esprit.

En tout état de cause, dans la relation entre le Parlement et la Cour constitutionnelle, la Cour de Karlsruhe a un rôle extraordinaire et spécifique. Cela s'explique, comme l'a rappelé Angelika Nussberger, par des raisons historiques : n'oublions pas que l'Allemagne est un pays post-totalitaire. C'est peut-être aussi pourquoi, dans des pays comme la Pologne, la mise en place de la Cour constitutionnelle a constitué une première étape importante. Il existe donc bien certains parallèles entre les systèmes.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Quand on écoute les spécialistes du droit européen, ils nous disent qu'il reviendra à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter l'identité constitutionnelle de l'Allemagne ou de la France. Est-ce pour vous concevable ? La Cour de Karlsruhe, comme en France le Conseil constitutionnel, peut-elle abandonner l'idée de définir ce qu'est l'identité constitutionnelle de l'Allemagne ?

Lors d'une audition précédente, un intervenant a souligné que la question de l'identité constitutionnelle ne se posera jamais, car le dialogue des juges fonctionnera entre la Cour de Karlsruhe, la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel, etc. Si un jour le problème devait se poser, ce serait comme pour la dissuasion nucléaire : c'est une arme que l'on ne peut utiliser qu'une fois et qui n'a pas vocation à être un pôle de régulation. Quel est votre sentiment ?

Ma dernière question concerne la CEDH, laquelle est présentée comme ayant un rôle sociétal considérable. Mais on nous dit aussi : ne vous y trompez pas, vous Français qui avez l'obsession de la souveraineté nationale et qui vous posez des questions sur la possibilité de réviser votre Constitution – ce qui est un sujet d'actualité dans nos débats politiques –, la CEDH n'est pas un obstacle à la souveraineté des États. En effet, la CEDH prend bien soin de préciser qu'elle n'entend pas porter d'appréciation sur la manière dont les gouvernements exercent leurs responsabilités, notamment en ce qui concerne la défense des frontières. Êtes-vous d'accord avec cette définition de la CEDH ou est-elle est trop caricaturale ?

Mme Angelika Nussberger. – La Cour constitutionnelle allemande ne partage pas l'interprétation de l'identité constitutionnelle de la Cour de Luxembourg : seule la Cour de Karlsruhe peut définir les principes inhérents à l'identité constitutionnelle allemande.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – L'a-t-elle exprimé ?

Mme Angelika Nussberger. – Tout à fait, elle a très clairement dessiné les limites au travers de plusieurs jugements. Le dialogue permettra-t-il d'éviter l'usage de la « bombe nucléaire » ? On commence par expliquer que l'on refuse toujours de toucher au « noyau dur » constitutionnel. Mais, on le constate dans les débats européens, qu'il s'agisse de l'État de droit ou de l'indépendance du juge, l'argument de l'identité constitutionnelle est

souvent vite utilisé avec une conception extensive des principes fondamentaux. Par exemple, la Cour Constitutionnelle a inclus dans la notion de dignité humaine le fait de ne pas être jugé en étant absent sans avoir la possibilité d'être rejugé. C'est une conception très large de la dignité, mais cela fait partie de notre identité constitutionnelle.

En ce qui concerne la Cour de Strasbourg, elle reconnaît effectivement la souveraineté de tous les États membres. C'est ce qui figure, d'ailleurs, dans tous les jugements, par exemple, sur l'immigration où il est bien précisé que le droit international d'un État lui permet de définir qui peut entrer ou pas sur son territoire. Pour autant, il faut toujours prendre en compte les droits de l'homme.

M. Mattias Wendel. – Sur l'identité constitutionnelle, il existe deux positions inconciliables. Le droit européen est un ordre juridique autonome, avec une primauté : on ne peut pas toucher cet ordre par des moyens de droit national. Or le droit européen est applicable en Allemagne, comme en France, en raison du droit national, avec des limites dérivées de l'ordre interne. C'est pourquoi on parle de pluralisme constitutionnel, les deux positions ayant des fondements inconciliables. Dans la pratique, les cas de conflits sont très rares. On pourrait même dire qu'un certain équilibre s'opère *via* une sorte de séparation des pouvoirs entre les différents niveaux. Pour résoudre les éventuels conflits, il importe de mettre en avant le dialogue.

L'identité constitutionnelle est un cas exceptionnel, s'agit-il d'une sorte de « bombe atomique » ? La jurisprudence allemande a l'effet défensif : nous pouvons remettre en question la primauté du droit de l'Union en invoquant notre identité constitutionnelle. Mais elle a aussi un effet préventif : si une cour nationale comme celle de Karlsruhe est assez forte pour définir le contenu de l'identité constitutionnelle, cela peut avoir un effet de frein en ce qui concerne les nouveaux projets au niveau européen. Nous avons, par exemple, beaucoup débattu des *eurobonds*, car le fait de les accepter posait un problème d'identité constitutionnelle à la Cour de Karlsruhe. Cet effet préventif est, à mon avis, le plus grand des problèmes. Quoi qu'il en soit, il faut bien distinguer ces deux effets.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie.

**Audition de MM. Dominique Pauthe, président,
Christian Pers, président de la commission des requêtes,
et Mme Janine Draï, présidente de la commission d’instruction,
de la Cour de justice de la République**

(Mardi 1^{er} février 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous avons le plaisir d’accueillir cet après-midi, M. Dominique Pauthe, Mme Janine Draï et M. Christian Pers, qui assument des responsabilités éminentes à la Cour de justice de la République (CJR) : M. Pauthe préside cette juridiction, Mme Draï en préside la commission d’instruction et M. Pers préside la commission des requêtes. J’ajoute que vous siégez ou avez siégé tous trois à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Notre mission d’information, que le Sénat a constituée à la demande du groupe de l’Union centriste, travaille sur la judiciarisation de la vie publique. Nous nous intéressons à ce qui nous semble être la place grandissante prise par les juridictions, nationales et internationales, dans la production de la norme et à ses conséquences pour le fonctionnement de notre démocratie. Mais nous sommes également sensibles à une autre question, qui nous intéressera plus particulièrement aujourd’hui, c’est ce qu’il est convenu d’appeler la « pénalisation » de la vie politique.

Cette expression renvoie à l’idée qu’il y aurait une tentation de plus en plus grande dans nos sociétés de mettre en cause nos responsables politiques sur le plan pénal, pour leur demander des comptes sur leurs décisions, au lieu de faire jouer les mécanismes traditionnels de la responsabilité politique et du contrôle par le juge administratif.

La crise sanitaire que nous connaissons depuis deux ans a donné une nouvelle actualité à ce questionnement. Auditionné par une commission d’enquête à l’Assemblée Nationale, l’ancien Premier ministre Édouard Philippe avait estimé que le risque pénal pouvait constituer une difficulté supplémentaire pour les décideurs « : *comment est-ce qu’on gère une crise sanitaire (...) quand vous avez immédiatement le risque pénal sur le dos ? Vous devriez réfléchir à ça, car c’est très difficile, pour les responsables publics, administratifs ou politiques* », avait-il déclaré.

On peut se demander également si l’on n’assiste pas parfois à une tentative d’instrumentalisation de la justice avec le dépôt de milliers de plaintes stéréotypées, comme si le dépôt de plainte était devenu une nouvelle forme de protestation politique.

Compétente pour juger les ministres pour les infractions pénales commises dans le cadre de leurs fonctions, la Cour de justice de la République se trouve bien sûr au cœur de nos interrogations. Vous avez reçu un questionnaire indicatif qui précisait les préoccupations du rapporteur. Je vais vous laisser la parole pour une intervention liminaire, qui vous

permettra de répondre à tout ou partie de ces questions, puis je donnerai la parole au rapporteur et à ceux de nos collègues qui le souhaiteront. Je précise pour terminer que cette audition fait l'objet d'une captation vidéo.

Peut-être Monsieur Pauthe souhaite-t-il prendre la parole en premier pour une présentation générale ? Je passerai ensuite la parole à Monsieur Pers et enfin à Madame Draï qui pourront évoquer plus précisément la commission des requêtes et la commission de l'instruction

M. Dominique Pauthe, président de la Cour de justice de la République. – Je vous remercie de nous avoir convié à vous livrer des explications sur le thème qui vous occupe, et vous préoccupe manifestement, celui de la judiciarisation de la vie publique.

J'aimerais développer quelques éléments de réponse. Le premier concerne l'approche de la judiciarisation de la vie publique, qui est selon moi l'un des signes d'une évolution en profondeur de notre société qui, sous l'influence du droit anglo-saxon, privilégie et favorise le recours au juge, lequel reçoit de la loi le mandat de juger au nom du peuple français.

La justice est parfois instrumentalisée, y compris par la politique. Les citoyens, agissant seuls ou collectivement, mettent de plus en plus souvent en cause la responsabilité des responsables publics et des membres du Gouvernement, alors que la ligne de partage entre la responsabilité pénale et la responsabilité politique est plus délicate à tracer.

Nous voyons la résultante de l'intervention croissante de l'Etat dans des domaines aussi divers que l'environnement, l'urbanisme, la santé, exposant ses représentants à une mise en cause de leur responsabilité sous l'angle pénal, ce à quoi contribuent les actions soutenues et engagées par un certain nombre d'associations.

L'ampleur du phénomène peut-elle s'expliquer par l'impossibilité pour le citoyen de mettre en cause les choix politiques par l'engagement de la responsabilité politique autrement qu'à l'occasion des échéances électorales ? C'est le cas des ministres ne devant pas leur nomination à une élection, mais au choix du Président de la République, et agissant au sein d'un Gouvernement responsable collectivement devant le Parlement. Ils sont exposés à un risque, celui de voir leur responsabilité pénale recherchée à titre individuel devant la Cour de justice de la République.

En 1993, les concepteurs de la Cour de justice de la République étaient animés d'une double volonté. Tout d'abord, ils voulaient dissiper le sentiment d'impunité des membres du Gouvernement qui résultaient des difficultés de mise en cause de leur responsabilité pénale. Ensuite, la CJR visait à prévenir le risque d'immixtion du judiciaire dans l'action gouvernementale. La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 a inséré un nouveau titre dans la Constitution, « De la responsabilité pénale des membres du Gouvernement », distinct de celui consacré à l'autorité judiciaire.

La Cour de justice de la République est seule compétente pour juger les crimes et délits commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Il s'agit d'une juridiction ad hoc composée pour partie de parlementaires et pour partie de magistrats professionnels. Elle est dotée d'une commission des requêtes chargée d'apprécier la recevabilité des plaintes et d'une commission d'instruction chargée d'instruire les dossiers.

Après vingt-huit ans d'existence, la Cour de justice de la République se trouve encore sous les feux croisés de l'actualité et de la critique, comme l'a été naguère la Haute Cour de justice. L'actualité et la critique vont souvent de paire en matière de justice...

Ces critiques ont rapidement vu le jour. Elles ont durant longtemps essentiellement porté sur la lenteur et sur la portée des décisions de la Cour. Elles pointaient la nécessité de rapprocher la responsabilité pénale des membres du Gouvernement du régime de droit commun. Le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique du 29 août 2019 en a été la dernière illustration. Ce projet retenait le principe de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, dans les conditions de droit commun, pour les actes ne se rattachant pas directement à l'exercice de leurs attributions, y compris lorsqu'ils ont été accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Il prévoyait également que les ministres soient responsables pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, leur responsabilité n'aurait pu être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur était directement et personnellement imputable. Cette mention résultait de l'avis du Conseil d'État, qui dans une étude parue en 2021 sur le régime de l'état d'urgence, a suggéré d'appliquer cette disposition à l'ensemble des décideurs publics. En 2019, cette idée était entrée dans la lettre de ce projet qui prévoyait en outre la suppression de la Cour de justice de la République et le transfert de sa compétence à la Cour d'appel de Paris, tout en conservant le filtre de la commission des requêtes. Ce projet a cependant été abandonné.

Les critiques ont récemment pris un tour nouveau en mettant l'accent sur les empiètements du judiciaire sur le politique et sur les risques de paralysie de l'action publique. Ce sujet rejoint le thème de votre mission relative à la judiciarisation de la vie politique. Concernant la Cour de justice de la République, la question demeure celle de l'adéquation de l'institution aux objectifs fixés par ses concepteurs.

Dans sa configuration actuelle, l'architecture de la Cour et le particularisme de son fonctionnement traduisent-ils le souci de parvenir à un équilibre entre l'action judiciaire et le contrôle parlementaire ? Sur le plan de la compétence, la Cour traite des crimes et délits commis par des membres du Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Autrefois, pouvait relever de la Haute Cour de justice tout acte de Gouvernement accompli durant le temps d'action du ministre. Un critère matériel conduit désormais à retenir la compétence de la CJR pour les actes accomplis dans l'exercice des

fonctions et qui sont en rapport direct avec la conduite des affaires de l'État. C'est la qualité de l'auteur présumé de l'infraction et les circonstances dans lesquelles celle-ci a été commise qui déterminent la compétence de la Cour, ce qui lui vaut d'être qualifiée de juridiction pénale d'exception. Son originalité principale est liée à son mode de saisine. Tout citoyen peut saisir la commission des requêtes, avec ou sans avocat. La commission assure un filtrage qui préserve le Gouvernement de toute prétention manifestement infondée ou ne répondant pas aux critères de recevabilité.

La plainte déclarée recevable est transmise au ministère public aux fins de saisine de la commission d'instruction. S'il appartient au ministère public représenté devant la Cour de justice de la République par le procureur général près la Cour de cassation, d'assurer la mise en mouvement de l'action publique, il lui faut recueillir au préalable l'avis conforme de la commission des requêtes. Le ministère public est donc privé de l'opportunité des poursuites et il a de ce fait une compétence liée, à la différence du ministère public de droit commun.

Depuis sa mise en place, la commission des requêtes a été saisie d'un nombre important de requêtes, essentiellement depuis la pandémie de covid-19. Sur les 21 746 requêtes dont cette commission a été saisie, plus de 20 000 ont été déposées depuis le mois d'août 2021. Le nombre de plaintes adressées chaque année à la Cour de justice a oscillé entre 17 plaintes en 2018, 74 en 2019, 246 en 2020, puis 20 000 en 2021. Cette commission se compose de magistrats issus de l'ordre judiciaire, de l'ordre administratif et de la Cour des comptes, ce qui permet de croiser les regards de magistrats expérimentés, rompus aux différents contentieux susceptibles d'affecter l'action du Gouvernement. Ils sont tous élus pour un mandat de cinq ans, ce qui résulte de la loi organique.

La commission d'instruction, seconde instance composant la Cour de justice de la République, issue de la loi organique du 23 novembre 1993, est exclusivement composée de magistrats judiciaires, trois membres titulaires et trois suppléants, élus par leurs pairs pour un mandat de trois ans.

Cette commission se caractérise par la collégialité de son fonctionnement, puisque la quasi-totalité des actes sont signés par les trois magistrats. Cette commission est saisie par le procureur général. L'instruction est soumise à la procédure pénale de droit commun avec une spécificité : la commission d'instruction assume les responsabilités du juge d'instruction et de la chambre d'instruction. Autrement dit, il n'y a pas d'appel possible. À charge pour celui ou celle qui n'est pas satisfait de saisir l'assemblée plénière de la Cour de cassation. En effet, les décisions de la Cour de justice de la République relèvent directement de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. L'arrêt de jugement de la Cour de justice de la République est seulement susceptible d'un pourvoi devant l'assemblée plénière.

La commission d'instruction peut décider de renvoyer l'affaire devant la formation de jugement, dont la composition est différente de celle des autres instances de la CJR et des juridictions de droit commun. C'est ici que se manifeste le caractère politique de la juridiction. Des parlementaires issus de l'Assemblée nationale et du Sénat y siègent, à raison de six titulaires et de six suppléants pour chaque assemblée. C'est à la formation de jugement qu'il revient de retenir, le cas échéant, la culpabilité de la personne poursuivie, puis de déterminer la peine infligée à l'auteur des faits.

Cette innovation date de 1993. Auparavant, la Haute Cour de justice était exclusivement composée de parlementaires. La formation de jugement réunit les membres de la représentation nationale et ceux de l'autorité judiciaire. Ils sont les uns et les autres, parlementaires et magistrats, soumis au serment des magistrats. Ils prêtent serment avant de venir siéger au sein de la Cour de justice de la République.

La formation de jugement s'est réunie à sept reprises. Elle a prononcé quatre relaxes, deux dispenses de peine et quatre condamnations. La première condamnation a porté sur un an d'emprisonnement avec sursis, la seconde à trois ans d'emprisonnement avec sursis, 22 euros d'amende et cinq ans de privation du droit de vote, une troisième à un mois d'emprisonnement avec sursis et 5 000 euros d'amende, une quatrième à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 100 000 euros d'amende.

Peut-on considérer que par de telles décisions, la Cour a exercé une quelconque emprise sur le pouvoir politique ? Cette juridiction est malheureusement imparfaite. Sa compétence est à mes yeux trop restrictive. Elle est limitée aux faits commis dans l'exercice des fonctions gouvernementales. Or il n'est pas rare que les actes susceptibles d'être incriminés débordent la stricte conduite des affaires de l'Etat, et fassent intervenir d'autres protagonistes, coauteurs, complices ou receleurs.

La répartition des compétences entre juridictions de droit commun et Cour de justice de la République aboutit à un éclatement des procédures et à des débats quelque peu tronqués. Les complices et coauteurs peuvent être poursuivis par le juge de droit commun, mais sont tout au plus entendus comme témoins sous serment par la CJR, ce qui conduit à une connaissance incomplète des faits par la Cour, voire parfois à une contrariété de décision.

Nous pourrions imaginer de recourir à la notion de connexité dès lors qu'un fait principal relève de la compétence de la Cour de justice de la République, afin de juger les complices ou receleurs. Ou nous pourrions suivre le raisonnement inverse, tel qu'envisagé dans le projet de 2019 : l'auteur principal et ses coauteurs ou complices seraient soumis à la procédure de droit commun, avec la présence d'une partie civile.

Je précise que la constitution de partie civile est irrecevable devant la Cour de justice de la République. Cette situation donne une impression de déséquilibre au débat. La personne qui a été à l'origine de la saisine de la

juridiction pourrait faire valoir un point de vue personnel, voire alléguer d'un préjudice. Cette situation manque de cohérence car ces questions mériteraient d'être évoquées simultanément.

Enfin, la dernière observation concerne la composition de la Cour de justice de la République qui compte quinze titulaires et autant de suppléants. Chaque titulaire, sénateur ou député, a son propre suppléant. Leur élection est censée refléter l'équilibre des forces politiques en présence au sein des assemblées. Il s'agit de respecter la composition politique des assemblées au sein de la juridiction. Ce souci se heurte cependant à une préoccupation matérielle. Il est très difficile de réunir tant de monde, comme nous l'avons vu dans une affaire récente, qui n'était pourtant pas d'ampleur exceptionnelle. Une sénatrice et son suppléant se sont retrouvés empêchés, imposant de renvoyer l'examen du dossier, au grand dam des collègues présents et du prévenu qui espérait être jugé une fois pour toute, et qui devra attendre jusqu'au mois d'octobre ou novembre 2022 pour l'être.

Il est justifié d'assurer une complémentarité des analyses du politique et du judiciaire, mais les contraintes de cette institution sont problématiques.

La question consiste à se demander si l'activité de la Cour de justice de la République a été de nature à entraver ou à paralyser l'action publique, et particulièrement celle des membres du Gouvernement. Nous avons vu les spécificités de cette procédure en termes de saisine et de composition de la formation de jugement. Il ne faut pas perdre de vue que la pénalisation de la vie politique ou publique est la traduction au niveau politique de la judiciarisation de la vie sociale.

Ce phénomène de judiciarisation est conforme à l'évolution de notre société. L'action du juge est déterminante, mais la fonction du législateur est essentielle. Il fixe les incriminations légales, et les règles qui s'imposent au juge, qui applique la loi. Le juge ne s'autosaisit pas. Les dérogations au droit commun applicables à la Cour de justice de la République, ainsi que la présence de parlementaires dans sa composition, sont autant de mesures protectrices des personnes mises en cause. Les modalités de saisine de la Cour et de mise en mouvement de l'action publique protègent de tout excès dans la mise en cause de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement ou de la méconnaissance du fonctionnement de l'action gouvernementale.

La suite du processus, depuis le filtre de la commission des requêtes jusqu'à son aboutissement, apparaît tout aussi protecteur. En privant le plaignant de la possibilité de se constituer partie civile, le législateur n'a-t-il pas voulu placer le mis en cause à l'abri de la contradiction des victimes privées de la possibilité de venir au soutien de l'accusation, et de faire valoir le cas échéant l'existence d'un préjudice ?

Par ailleurs, avec trois magistrats professionnels et douze parlementaires, les magistrats professionnels ne peuvent emporter à eux seuls la décision, qui est prise à la majorité absolue. Ils peuvent éventuellement convaincre les autres membres de la juridiction, mais la majorité appartient toujours aux politiques. La participation de parlementaires à la commission des requêtes ne ferait que renforcer l'emprise du politique sur la juridiction.

Enfin, la Cour de justice de la République connaît des faits répréhensibles au terme de la loi. Si de tels faits sont reprochés à un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses attributions gouvernementales, le législateur n'a créé au bénéfice des membres du Gouvernement aucune immunité qui, à l'instar de ce qui est prévu pour le Président de la République ou pour les parlementaires, mettrait les membres du Gouvernement à l'abri de poursuites, au moins pendant la durée de leur participation au Gouvernement. Afin de prévenir l'interférence du judiciaire dans le débat politique, certains se sont risqués à proposer d'instaurer une période de « neutralité judiciaire » durant les périodes électorales, ce qui aurait pour inconvénient de paralyser largement le travail du juge vu la fréquence des échéances électorales, à moins de la limiter aux élections les plus importantes.

Il est manifeste que l'écho médiatique réservé à certaines procédures amplifie la perception du phénomène de judiciarisation, alors que le secret de l'enquête et de l'instruction devrait aboutir au respect, auquel nous sommes tous attachés, de la présomption d'innocence.

M. Christian Pers. – Je centrerai mes propos sur la commission des requêtes, où je siége depuis le mois de décembre 2018. J'ai siégé durant onze ans à la Cour de cassation où j'ai fait valoir mon droit au départ à la retraite le 1^{er} novembre 2021.

La commission des requêtes se compose de trois magistrats du siège de la Cour de cassation, de deux conseillers d'État et de deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes. Elle reçoit les plaintes déposées à l'encontre des membres du Gouvernement pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions qui peuvent être qualifiés de crime ou de délit et elle apprécie les suites à leur donner.

Je vais vous exposer le processus de prise de décision de cette commission, dont le rôle est délicat, et qui n'a pas d'équivalent en droit commun. Il lui est attribué un rôle de filtre pour, d'une part, ne pas écarter une responsabilité pénale, d'autre part, ne pas déstabiliser l'action ministérielle par des plaintes dépourvues de sérieux. Le parquet général près la Cour de justice de la République peut également agir d'office, mais il doit recueillir un avis conforme de la commission des requêtes. Il s'agit, comme le disait le Président Pauthe, d'un cas de compétence liée. Il faut un avis

favorable de la commission des requêtes pour que la commission d'instruction soit saisie.

Les membres de la commission des requêtes ne peuvent être récusés. Aucune constitution de partie civile n'est recevable. Les dispositions de droit commun qui permettent aux parties civiles de déposer plainte et de se constituer partie civile en vue de déclencher l'action publique ne sont pas applicables. Il n'y a pas non plus de voie de recours lorsque la commission des requêtes refuse de saisir la Cour de justice de la République.

La commission des requêtes occupe un rôle central et incontournable, tant en ce qui concerne l'ouverture d'une information que pour une extension de la saisine de la commission d'instruction. Il faut, dans ce cas, recueillir l'avis conforme de la commission des requêtes pour élargir les faits dont la commission d'instruction est saisie.

Je reviendrai rapidement sur les statistiques. Il y avait, l'année de mon arrivée, environ 40 plaintes par an. Depuis le mois de juillet 2021, 20 000 plaintes ont été reçues, émanant de formulaires téléchargés en ligne, ce qui nous a amenés, après une activité intense, à décider, le 24 janvier 2022, le classement de 19 000 plaintes concernant plusieurs ministres, ce qui a fait l'objet d'un communiqué.

Depuis le 31 décembre 2021, 218 plaintes ont encore été reçues par la commission, dont certaines sont toujours issues de ces formulaires. Nous avons reçu parfois 1 000 plaintes par jour au cours des mois de juillet et d'août 2021. La Poste nous a livré des cartons entiers. Il a fallu détacher un par un les accusés de réception, enregistrer les plaintes, les numéroter et tenter de les classer.

Ces plaintes répondaient à cinq cas de figure. Certaines plaintes ont fait l'objet d'un traitement à part du fait que les intéressés avaient ajouté des déclarations complémentaires au formulaire, parfois contraires à ce qui était soutenu dans le formulaire. L'enregistrement au greffe a demandé un travail très conséquent. Les greffes de la Cour de cassation ont apporté leur soutien. Trois personnes se sont consacrées à l'enregistrement de ces plaintes.

Ces nombreuses plaintes ont-elles été une tentative de bloquer la Cour de justice de la République ? Je n'ai pas de réponse véritable à cette question, mais certaines pratiques à l'initiative d'un avocat sont critiquables. Nous ne sommes pas les seuls à subir de telles pratiques. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 7 octobre 2021, une décision d'irrecevabilité à l'encontre d'une requête contre le passe sanitaire déposée par un professeur de droit et des 18 000 requêtes-types qui l'accompagnaient. La Cour européenne des droits de l'homme a déploré dans sa décision que la démarche de ce professeur de droit vise à nuire au mécanisme de la Convention et au fonctionnement de la Cour. Il était un peu reconfortant de voir que nous n'étions pas les seules cibles de ce débordement, qui a bien entraîné un dévoiement du système.

La crise sanitaire a fait exploser le nombre de saisines. Les affaires portant sur d'autres sujets que le covid-19 ont augmenté de quelques dizaines à plusieurs centaines par an. Le fait que la commission des requêtes soit plus connue a suscité des vocations et des débordements. Désormais, une personne qui a rencontré un problème avec le juge des affaires familiales, qui n'est pas satisfaite de sa carrière dans l'administration, qui estime être surveillée par les services secrets, etc., est susceptible de s'adresser à la commission des requêtes. Je ne m'ennuie pas à la réception de ces plaintes. Je suis régulièrement surpris de la qualification juridique de certaines plaintes que je reçois.

Par rapport à cet afflux de demandes, combien d'avis favorables avons-nous donné aux fins de saisine de la commission d'instruction ? Depuis le mois de décembre 2018, dix-huit avis favorables ont été rendus en lien avec la crise sanitaire, dans le cadre d'un dossier unique. Nous avons reçu ces plaintes sur une durée d'un an à un an et demi pour la même affaire, contre les mêmes ministres.

Nous avons rendu un avis favorable dans trois autres dossiers, sur avis du parquet général et des associations qui ont déposé plainte. Depuis le mois de décembre 2018, 21 saisines de la commission d'instruction ont donc eu lieu, correspondant en réalité à quatre dossiers distincts.

Les autres procédures ont fait l'objet de décisions d'irrecevabilité ou de classements sans suite. On ne peut donc pas dire que la commission n'exerce pas son rôle de filtre. Elle exerce très fortement les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi organique.

Comment fonctionne la commission des requêtes ? Les plaintes sont vues à leur réception. Un rapporteur est désigné pour chaque procédure. Tous les membres de la commission exercent la fonction de rapporteur. L'action de la commission est régie par la loi organique qui renvoie aux règles fixées par le code de procédure pénale.

La loi organique dans ses articles 13, 15 et 17 accorde à la commission, lorsque la plainte est insuffisamment motivée, le pouvoir de procéder à toutes investigations utiles selon les formes prévues par les articles 75, 76 et 77-1 du code de procédure pénale, relatifs à l'enquête préliminaire.

L'article 17 de la loi organique prévoit également que la commission des requêtes est tenue, lorsqu'elle ordonne la transmission de la procédure au procureur général, de qualifier pénalement les faits à raison desquels il y a lieu de poursuivre. Il nous faut donc examiner la recevabilité des plaintes, et si la plainte est recevable, étudier le fond de la qualification sous l'angle du droit pénal.

Nous avons reçu des dizaines de plaintes contre le Président de la République, présent ou passé, pour lequel nous ne sommes pas compétents, ou contre des fonctionnaires, qui relèvent du droit commun. De nombreuses

plaintes sont déclarées irrecevables, car non signées ou signées par un avocat, et non par le plaignant conformément aux dispositions de la loi organique.

Nous déclarons irrecevables les plaintes des personnes qui n'ont ni intérêt ni qualité à agir au regard des infractions qu'elles dénoncent. Cette situation concerne des personnes physiques et de nombreuses associations qui ne font pas état d'un préjudice personnel ou indirect. Les associations qui ne sont pas agréées au titre des articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale, de certaines dispositions du code de l'environnement ou du code de la consommation ne peuvent intervenir ni alléguer un préjudice indirect.

Pour l'ensemble de ces raisons, de nombreuses plaintes sont déclarées irrecevables, lorsque l'intéressé ne justifie d'aucun intérêt ni d'aucune qualité à agir concernant les faits dénoncés, et ne saurait par ailleurs prétendre représenter l'intérêt général dont la défense relève du seul ministère public. Nous appliquons en cela les clauses d'irrecevabilité de la chambre criminelle. De même, nous appliquons en matière de droit de la presse la jurisprudence particulière relative au droit de la presse. Nous faisons application des décisions de la chambre criminelle en ce qui concerne les infractions.

Lorsque nous recevons certaines requêtes, nous savons qu'elles sont en lien avec des infractions de droit commun, ce qui soulève une difficulté. Nous aimerions savoir quels éléments sont contenus dans la procédure de droit commun. Nous pouvons les obtenir par l'intermédiaire du parquet général, ce qui nous permet de savoir quelles investigations sont diligentées ou que des pièces nous soient communiquées pour que nous puissions rendre une décision plus éclairée.

En conclusion, la commission fait du droit et rend des décisions motivées en droit. Lorsqu'elle adresse la procédure au procureur général en vue de la saisine de la commission d'instruction, ou qu'elle estime que la plainte est sérieuse et qu'elle donne un avis favorable à la saisine de la commission d'instruction lorsque le procureur général agit d'office, la commission est toujours très prudente dans ses avis. Elle n'oublie pas que les faits s'apprécient au stade de la procédure où elle intervient. Elle connaît les distinctions entre les indices graves ou concordants, les charges suffisantes et les preuves au stade du jugement.

La commission sait parfaitement que son action se situe au stade de la saisine de l'ouverture de l'information. Elle relève des éléments sérieux à son niveau. Elle estime souvent que des investigations sont nécessaires, mais que ses pouvoirs ne lui permettent pas de mener des investigations complètes. Les faits sont susceptibles de recevoir telle qualification pénale, que retient nécessairement la commission des requêtes, et qui lie le parquet

général. La commission d'instruction, qui instruit en toute indépendance, peut ensuite requalifier comme elle l'entend les faits dont elle est saisie.

Faut-il modifier la composition de la commission des requêtes et faut-il prévoir la présence de parlementaires en son sein ? A mon sens, la composition actuelle est plutôt harmonieuse : nous avons la Cour de cassation pour le pénal, les membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes pour avoir une meilleure connaissance des conditions dans lesquelles s'exerce l'action gouvernementale et appréhender l'aspect financier des décisions. Je me réjouis à chaque réunion de la commission de la présence des conseillers d'État et des conseillers-maîtres de la Cour des comptes, qui nous permettent de mieux comprendre comment une décision ministérielle est prise, quels services interviennent, quel est le cheminement de la décision, quelle part revient aux fonctionnaires, etc. Cette démarche est extrêmement précieuse.

Cette commission comprend des magistrats judiciaires, administratifs et financiers ayant des règles déontologiques fortes. Il n'est pas rare qu'un membre de la commission se déporte ou interroge le président sur la nécessité de se déporter. Lorsqu'on estime qu'il vaut mieux ne pas siéger, on se déporte, on ne siége pas et on fait appel aux suppléants.

La commission compte sept membres, dont trois magistrats de l'ordre judiciaire qui ne sont donc pas majoritaires. Il faut nécessairement une majorité non composée uniquement de magistrats de l'ordre judiciaire. Ce système est tout à fait adapté et je m'en félicite, car cela permet d'appréhender globalement la situation. Tous les membres de la commission font des rapports, même sur des questions de droit pénal, de droit de la presse, etc. Tout le monde participe. Nous avons pu observer que le projet de réforme du mois d'août 2019 prévoyait le maintien d'une commission de filtrage, avec une composition quasiment identique. Dans ce projet, le contentieux était transmis à la cour d'appel de Paris au stade de la juridiction du jugement.

Faut-il ajouter des parlementaires ? Leur présence a été évoquée lors de la réforme constitutionnelle de 1993 créant la Cour de justice de la République, mais elle n'a pas été retenue. Il se poserait des questions au sujet du nombre de membres : combien de parlementaires seraient-ils accueillis ? Toutes les sensibilités devraient-elles être représentées ? Le nombre de membres de la commission des requêtes serait de nature à augmenter sensiblement.

Par ailleurs, la réunion d'une commission de sept personnes est déjà complexe à gérer. L'agenda des parlementaires est déjà très chargé, alors que la commission des requêtes a une forte activité. En outre, il n'est pas rare qu'une affaire soit examinée au cours de plusieurs réunions. Cela entraînerait une difficulté pour le fonctionnement de la commission.

La commission des requêtes n'est pas sans défaut, mais il faut bien évaluer la situation avant d'envisager une évolution. La solution adoptée doit être praticable. La Cour de justice de la République travaille dans un cadre atypique. Il reste des difficultés bien réelles, l'absence de la partie civile peut poser problème, ainsi que le découpage de la procédure entre la Cour de justice de la République qui concerne les ministres et la procédure de droit commun. Il peut aussi y avoir le souhait de certains d'affirmer que les faits sont imputables au ministre ou aux services. Il est difficile d'avoir une appréhension complète des procédures pour les mêmes faits.

En conclusion, si une réforme tendait à confier les crimes et délits commis par le ministre à une juridiction de droit commun, comme le prévoyait la réforme de 2019, le nombre et la teneur des plaintes reçues par la commission des requêtes commanderait nécessairement qu'un mécanisme de filtrage des plaintes soit prévu, sans quoi nous parviendrions à un encombrement et à une impossibilité de juger.

Mme Janine Drai. – De nombreux éléments ont déjà été évoqués par mes deux collègues. Je préside la commission d'instruction de la Cour de justice de la République. Je parlerai spécifiquement de cette commission. Je présenterai aussi un avis plus général sur la Cour de justice de la République.

En ce qui concerne la commission d'instruction, celle-ci fonctionne de manière collégiale. Elle est composée de trois magistrats. Nous avons été tous trois élus par nos pairs en assemblée générale de la Cour de Cassation pour une durée de trois ans. Il s'agit pour ma part de mon second mandat. Nous travaillons en complète collégialité. Le point de vue que j'exprime est partagé par mes collègues Bruno Lavielle et Catherine Schneider, conseillers à la chambre criminelle, comme je l'étais jusqu'au mois de décembre 2021.

En préambule, je souhaite indiquer que je serai très prudente et réservée, car je suis avec mes collègues chargée de procédures en cours. A la différence des membres de la commission des requêtes, les membres de la commission d'instruction peuvent faire l'objet d'une procédure de récusation. Je serai très prudente dans mes propos comme peut l'être tout juge, car nous suivons des procédures très sensibles, y compris, et c'est la première fois, contre des ministres en exercice. Vous comprendrez donc mon extrême réserve.

La Cour de justice de la République a été critiquée dès sa création en 1993. Le président Pauthe a rappelé son histoire. Certains affirmaient, dans les milieux politiques et judiciaires, que cette cour ne durerait pas longtemps, car elle posait des difficultés et certains prévoient qu'elle serait rapidement supprimée.

De fait, nous sommes toujours là. Est-ce un bien ou un mal ? En 2018, j'ai été entendue par les députés de la commission des lois à l'Assemblée Nationale. J'ai préparé à cette occasion des dossiers et des

éléments que je pourrai transmettre au Sénat, car ils sont toujours d'actualité. Les difficultés existent depuis la création de la Cour de justice de la République.

Les juges, en juridiction de droit commun ou devant la Cour de justice de la République, appliquent la loi. La loi organique nous a institués. Elle nous donne des pouvoirs. Elle indique que, la commission des requêtes fait office de filtre et nous saisit. Le parquet doit se plier à la décision de la commission des requêtes. Cette procédure très différente du droit commun est exceptionnelle et très protectrice. Des magistrats du siège prennent la décision des poursuites.

Lorsque nous sommes saisis de dossiers par la commission des requêtes, en passant par le parquet général qui ouvre l'information, nous faisons ce que la loi nous permet de faire. La commission d'instruction applique avant tout le code de procédure pénale. Nous lisons bien entendu toutes les critiques formulées par les uns ou les autres sur les décisions que nous avons prises.

Le code de procédure pénale donne la possibilité à la commission d'instruction d'entendre les témoins, de se transporter dans différents lieux, de faire des perquisitions, de délivrer des commissions rogatoires à la police ou à la gendarmerie pour l'assister dans l'exercice de sa mission. Nous accomplissons les mêmes actes qu'un juge d'instruction de droit commun, car la loi nous le permet.

Je tiens à préciser que tous les actes que nous effectuons, toutes les décisions que nous prenons, peuvent être contestés par la voie d'un pourvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Nous sommes donc soumis à un contrôle. Nous ne sommes pas des juges « hors sol » qui n'auraient aucun compte à rendre. Lorsque des personnes sont mises en examen, comme peut le faire un juge d'instruction, en application des critères prévus par le code de procédure pénale, une procédure permet de contester cette mise en examen. Cette procédure existe pour les juges de droit commun et pour la CJR. La commission d'instruction applique la loi et utilise les possibilités que lui donne la loi.

Je souhaite aussi évoquer la question abordée par mes collègues de la double saisine. La plupart des dossiers dont nous sommes saisis, y compris à l'heure actuelle, donnent lieu à une double saisine. Nous travaillons certes en collaboration avec les juges de droit commun mais cette situation est problématique car cette double juridiction, cette double instruction, nous placent dans une situation difficile. Nous avons besoin pour instruire les dossiers aussi bien des éléments de droit commun que des éléments relevant de la Cour de justice de la République.

Le témoignage d'une personne mise en examen devant la CJR pourrait être intéressant devant les juges de droit commun, mais comment demander à une personne mise en examen devant la Cour d'être entendue

par la juridiction de droit commun comme témoin, où elle devra prêter serment de dire toute la vérité ? Elle sera obligée, si elle respecte son serment, de s'auto-incriminer, ce qui pourra se retourner contre elle devant la Cour de justice de la République, ou l'inverse. Vous avez compris cette difficulté, ce qui fera l'objet de la proposition que je vous soumettrai en fin d'exposé.

Cette juridiction est souvent critiquée, car elle est lente. Vous avez entendu parler de l'affaire appelée à tort « l'affaire Karachi »...

M. Alain Richard. - Totalemment à tort, en effet.

Mme Jeanine Drai. - Nous sommes d'accord. Cette affaire concernait Monsieur Balladur et Monsieur Léotard. Elle a commencé par l'attentat de Karachi, puis elle a été confrontée aux difficultés liées à la découverte d'éléments sur place, et à la difficulté pour un juge français d'instruire à l'étranger. Ensuite, sont apparues les difficultés liées aux commissions et aux rétrocommissions, puis une procédure concernant M. Balladur et M. Léotard a été ouverte.

La commission d'instruction de la Cour de justice de la République a été saisie près de quinze ans après l'attentat de Karachi. Jusqu'à présent, nul n'a démontré le lien entre l'affaire de Karachi et l'affaire dite « Balladur-Léotard ». Nous intervenons après que des juges de droit commun aient mené des investigations. Il se peut qu'ils découvrent des éléments qui mettent un ministre en cause. C'est seulement à ce moment-là que la Cour de justice de la République peut commencer à travailler, parce qu'un ministre est susceptible d'être mis en examen.

Il nous est à l'inverse reproché d'être trop rapides, à l'heure actuelle, dans des dossiers, et d'intervenir trop vite sur une crise en cours. Nous travaillons, car nous sommes saisis, au sujet de la crise sanitaire. Je n'en dis pas plus. Certains pourraient aussi nous dire, si nous attendions la fin de la crise sanitaire : « qu'avez-vous fait durant toutes ces années ? ».

Un élément me choque en tant que magistrat, à savoir que devant la Cour de justice de la République, on ne peut pas faire appel, seulement former un pourvoi en cassation. On perd donc un degré de juridiction. Aussi, comme l'ont dit mes collègues, il n'existe pas de partie civile. Les plaignants n'ont pas accès à la procédure. On les entend comme témoins. Ils n'ont pas droit à un avocat, ni le droit d'accéder au dossier. Des personnes ne voient pas la procédure se dérouler, et le dossier parvient au juge sans qu'elles aient pu faire valoir leurs droits, comme toute partie civile pourrait le faire, alors qu'elles sont parfois à l'origine de la plainte.

En 2019, certains ont voulu créer une cour spéciale devant la cour d'appel de Paris. C'est la question et c'est votre responsabilité, en tant que députés et sénateurs, d'y répondre.

La loi dispose que les ministres qui ont commis des délits et des crimes dans l'exercice de leurs fonctions relèvent de la Cour de justice de la République. Veut-on une immunité des ministres ? Si tel est le cas, il faut voter ce principe, et dire que durant l'exercice de leurs fonctions, les ministres ne peuvent, comme le Président de la République, être poursuivis. Les ministres ne sont cependant pas des élus. Il y aurait donc une immunité des ministres sans aucune sanction par les élections. Que voulons-nous ? Que veut le peuple français que vous représentez, et au nom duquel nous appliquons la loi ?

Les juges de droit commun sont tout à fait capables de juger des ministres s'ils ont commis des crimes et des délits dans l'exercice de leurs fonctions. Je viens de terminer ma carrière. J'ai exercé durant quarante ans. J'ai jugé des affaires de terrorisme, des affaires de pédophilie, des affaires de responsabilité médicale. Il y avait des instructions et des expertises pour les questions médicales. Nous n'avions pas besoin de faire siéger des médecins à nos côtés. Trois magistrats pouvaient juger un médecin pour les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. Je pense que la procédure de droit commun doit être appliquée aux ministres.

J'exprimerai néanmoins une réserve. La commission d'instruction réunit trois magistrats avec une longue expérience professionnelle. Cette situation vous donne une force que n'aurait peut-être pas un jeune magistrat. Ensuite, c'est au législateur de prendre ses responsabilités.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie pour vos interventions respectives. Vous nous renvoyez devant nos responsabilités, ce qui est un message important. J'invite mes collègues à poser des questions brèves et je vous remercie de bien vouloir y répondre brièvement également.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – J'avais prévu de poser une question sur les hypothèses de réforme de la Cour de justice de la République. Les propositions d'évolution présentées par le Monsieur le président Pauthe et les observations de Madame Draï répondent à ce questionnement. J'ai bien compris, Monsieur le président de la commission des requêtes, de votre part une approbation du système actuel comme offrant des garanties importantes.

Ma première question concerne les raisons de cette judiciarisation dont vous êtes les témoins. Monsieur le président Pauthe a évoqué la question du droit anglo-saxon et un point rarement évoqué, l'extension du rôle de l'État ou de la puissance publique dans notre pays. Considérez-vous que nous sommes confrontés à un problème de société ou que le recours à la Cour de justice de la République contiendrait une critique en creux du Parlement, au sens où la faiblesse du rôle du Parlement dans nos institutions conduirait à une plus forte judiciarisation ?

Je souhaite poser une seconde question qui concerne la loi pénale ? La question des infractions dites non intentionnelles peut-elle être posée ? Le

Parlement a-t-il voté des infractions à caractère non intentionnel trop largement définies? Vous avez rappelé, Monsieur le président Pauthe, la préconisation du Conseil d'État dans son étude consacrée aux états d'urgence.

Ma troisième question concerne ce qui se passe ailleurs en Europe. Avons-nous en matière de judiciarisation un sujet spécifique à la France? L'exemple le plus classique est allemand: il n'y a pas de judiciarisation pénale en Allemagne, même si elle est techniquement possible. Peu de plaintes sont déposées contre les dirigeants allemands, et quand cela s'est produit, notamment lors de la crise des migrants en 2015, ces plaintes ont été rapidement classées. Il n'y a eu aucun débat dans la société allemande. La société belge a également une faible pratique de la pénalisation. Existe-t-il une spécificité française dans ce recours au juge pénal? Si oui, quelles conclusions tirez-vous de cette situation?

M. Alain Richard. – Historiquement, la responsabilité pénale des ministres a précédé la responsabilité politique. La responsabilité politique est inscrite dans la première Charte de 1814. Nous devons garder la responsabilité pénale des ministres, qui doivent être jugés par une juridiction d'exception.

Se pose ensuite la question de la situation des personnes qui ne sont pas membres du Gouvernement. Elle soulève le problème de la délimitation entre la procédure de droit commun qui vise les hauts fonctionnaires, tandis que l'autorité gouvernementale relève du cadre de la Cour de justice de la République. Il y a eu une double procédure dans le cadre du sang contaminé avec des conséquences différentes selon les parties. Les hauts fonctionnaires peuvent être condamnés à de la prison avec sursis par le tribunal correctionnel, alors que les ministres peuvent être moins sévèrement sanctionnés

Je ne suis pas mal placé pour dire qu'en effet, l'affaire des commissions relatives aux contrats d'armement avec le Pakistan ne devrait pas s'appeler « l'affaire Karachi ». C'est une fabrication d'un avocat.

Mme Janine Drai. – C'est ce que j'ai dit.

M. Alain Richard. – Je veux être plus précis. Cet avocat a bénéficié de la bienveillance de deux juges d'instruction qui s'entendaient bien, et qui avaient des intérêts conjoints. Ce sujet concerne les juridictions de droit commun.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous redonne la parole M. Pauthe.

M. Dominique Pauthe. – En réponse à la question posée par le rapporteur, la judiciarisation va selon moi au-delà du problème de l'affaiblissement du Parlement. Il semble y avoir une prise de conscience de

la capacité du citoyen à agir. Ce phénomène dépasse largement l'organisation des pouvoirs publics.

En ce qui concerne les exemples à l'étranger, je n'ai pas suffisamment échangé avec mes collègues des autres pays européens. Je dispose de quelques éléments sur la situation en Espagne, en Italie et en Angleterre, où il y a un filtrage systématique des plaintes, et une juridiction de droit commun qui examine les procédures. Les systèmes judiciaires sont relativement homogènes. Néanmoins, le système français est bien basé sur une juridiction d'exception.

M. Christian Pers. – L'augmentation du nombre de requêtes est selon moi lié un problème de société, sans rapport avec le Parlement. Nous avons reçu des requêtes des Gilets Jaunes, puis des opposants à la vaccination. Des citoyens mécontents utilisent les institutions et cherchent à instrumentaliser certaines d'entre elles. Cette situation est liée à un problème de mécontentement général.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Ne trouvaient-ils pas auparavant le chemin de la CJR ?

M. Christian Pers. – Nous étions beaucoup moins connus, ce qui était mieux pour notre tranquillité...

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Au vu du nombre de requêtes qui a connu une véritable inflation, il est évident que l'actualité provoque un certain nombre de saisines. Nous avons un rapport de plus en plus important à la justice de nos concitoyens concernant l'expression de nombreuses plaintes au-delà du recours à une pratique de la justice pour faire respecter ses droits.

M. Christian Pers. – C'est l'expression d'un certain mécontentement par l'utilisation des moyens dont chacun dispose. Nous avons connaissance à l'avance de nombreuses plaintes que nous recevons par la lecture des journaux.

M. Dominique Pauthe. – J'évoquais l'instrumentalisation de la justice dans mon introduction. Le covid-19 n'est pas étranger à cette instrumentalisation. Mais j'ajoute que l'on observe aussi, au niveau local, une tendance chez les élus d'opposition à déposer plainte pour mettre en cause l'exécutif local ou pour contester la gestion antérieure d'un politique après une alternance. Il y a donc aussi un recours plus fréquent à la justice par le politique. Ce phénomène contribue pour une bonne part, selon moi, à la judiciarisation du débat politique.

Mme Janine Drai. – Je ne pense pas qu'il y ait une judiciarisation de la vie politique, mais qu'il y a une judiciarisation de la vie tout simplement. Les personnes ont recours à la justice beaucoup plus qu'avant, et les moyens de la justice devraient mieux suivre cette judiciarisation afin de traiter toutes les affaires dans un délai raisonnable.

En ce qui concerne les pays étrangers, il y a eu des plaintes dans les pays européens sur la gestion de la crise du covid-19 contre un certain nombre de responsables politiques. Cette situation n'est pas spécifique à la France.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous invite à nous faire parvenir les documents que vous jugeriez utile de porter à notre connaissance. Nous vous remercions pour cette belle présentation de vos travaux et de vos méthodes de travail.

**Audition de Mme Cécile Guérin-Bargues,
professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas,
auteur de « Juger les politiques ? La Cour de justice de la République »
et « Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit
constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis) »**

(Mardi 1^{er} février 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Madame Cécile Guérin-Bargues, nous vous remercions de votre présence. Vous êtes professeur de droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas. Vous êtes une spécialiste de la Cour de justice de la République, à laquelle vous avez consacré un ouvrage en 2017, ainsi que du régime d'immunité des parlementaires, que vous avez étudié dans une perspective comparée. C'était le sujet de votre thèse.

Notre mission d'information s'intéresse à la judiciarisation de la vie publique, c'est-à-dire à la place croissante prise par les juridictions dans la production de la norme et à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie. Nous nous intéressons également à la pénalisation de la vie politique. Les responsables politiques sont de plus en plus souvent poursuivis sur le plan pénal pour des faits qui autrefois donnaient lieu à une mise en jeu de leur responsabilité politique ou à un contrôle par le juge administratif, avec le risque d'une forme de paralysie de l'action publique. Les règles qui encadrent la responsabilité pénale des responsables politiques devraient-elles en conséquence évoluer ?

Dans un premier temps, je vous invite à répondre aux questions qui vous ont été soumises par le rapporteur. Ensuite, nous pourrions échanger. Je précise que votre audition fait l'objet d'une captation vidéo.

Mme Cécile Guérin-Bargues, professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas, auteur de « Juger les politiques ? La Cour de justice de la République » et « Immunités parlementaires et régime représentatif : L'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, États-Unis) ». – Votre mission a souhaité m'entendre sur la judiciarisation de la vie politique et plus particulièrement sur le fonctionnement de la Cour de justice de la République (CJR). Je tiens à vous

remercier de cette invitation. C'est un honneur et un plaisir de partager le résultat de mes travaux avec la représentation nationale.

Votre questionnaire distinguait trois thèmes principaux, celui de la pénalisation croissante de la vie politique, la question du privilège de la juridiction des ministres et le régime de l'immunité parlementaire. Je concentrerai mon propos sur les deux premières thématiques, laissant les questions diverses au débat. J'ai préparé un écrit que je vous remettrai.

Tout d'abord, la pénalisation croissante de la vie politique n'est pas un phénomène nouveau. Nous en avons constaté les prémises il y a trente ans déjà. Ce phénomène est la conséquence de deux évolutions, d'une part la montée en puissance des juridictions évoquée devant vous par certains collègues, d'autre part la montée en puissance de la figure de la victime au long du vingtième siècle.

À ces évolutions s'ajoute la force de l'attraction du procès pénal. Cette situation est liée au fait que la charge de la preuve incombe aux autorités judiciaires, et à la caisse de résonance qu'entraîne la médiatisation de certaines actions judiciaires. Ce sont des tendances lourdes, connues et déjà anciennes.

Ce phénomène connaît une ampleur sans précédent depuis le début de la crise sanitaire. De la fin du mois de juillet à la fin du mois de décembre 2021, la commission des requêtes de la Cour de justice de la République a reçu 19 685 plaintes, dont la plupart ont été classées. Le pôle de santé publique du parquet de Paris a reçu un afflux similaire de plaintes qui ont été majoritairement classées.

Cette augmentation considérable du nombre de plaintes est liée à un usage intensif de modèles types mis en ligne sur internet. Je vous invite à consulter ces sites, dont le caractère très incitatif est frappant. Certains subordonnent le dépôt de plainte au dépôt d'une somme modique. Nous pouvons nous demander s'il faut agir du point de vue juridique, car il n'est pas normal de monnayer le dépôt de plainte. L'une des manières de lutter contre la pénalisation de la vie politique serait peut-être de limiter les sources de revenu de ces sites.

Ce processus de judiciarisation est radicalement novateur. Par son ampleur, il est en passe de devenir un mode privilégié de manifestation du mécontentement populaire. Ce phénomène s'explique, pour partie, par le contexte actuel de restriction des libertés individuelles et collectives. La succession des régimes d'état d'urgence a entravé les modes collectifs de discussion et de contestation.

Nous pourrions imaginer que ce militantisme empêché trouve une porte de sortie dans un contentieux administratif ou dans les mécanismes de responsabilité politique, sur lesquels je reviendrai. Je crois surtout que rien n'égale, dans la psychologie collective, la force d'attraction du procès pénal. Pour l'opinion publique, il n'y a de justice que pénale, ce qui donne une

dimension *intuitu personae* à l'action et étanche une sorte de soif de coupable. Le contentieux administratif, au contraire, est essentiellement perçu et conçu comme un contrôle sur les actes. Il relègue nécessairement au second plan le contrôle sur les personnes.

Enfin, nous pouvons voir dans cette augmentation du nombre de plaintes l'indice d'une instrumentalisation du droit pénal à des fins politiques. En témoigne la plainte déposée par un collectif de 600 médecins sur le fondement du délit d'abstention volontaire de combattre un sinistre, qui s'est accompagnée d'une pétition agressive qui entendait « participer à la dénonciation des mensonges, de l'amateurisme et de la médiocrité de nos dirigeants qui ont conduit à la gestion calamiteuse de cette crise sanitaire et à un scandale d'État ».

Il y a une tendance à la pénalisation de la vie publique et politique. Cependant, cette pénalisation est à géométrie variable. Les responsables nationaux semblent beaucoup plus touchés que les élus locaux, contrairement à ce que l'on pense souvent. Le taux de mise en cause de ces derniers serait de 0,3 %, ce qui est assez loin du tsunami escompté. Il s'agit surtout de manquements à la probité : conflits d'intérêts, favoritisme, corruption. La pénalisation des élus locaux est assez différente de celle des élus nationaux. Pour les élus locaux, il s'agit de contrôler leur vertu, pour les responsables nationaux, il s'agit de contrôler l'action des gouvernants par l'intermédiaire du droit pénal.

La responsabilité pénale des responsables locaux ne semble pas avoir été davantage sollicitée durant la pandémie. Cette situation s'explique par le fait que les décisions en matière de pandémie ont été très centralisées. Cela n'a pas fait disparaître le pouvoir de police générale du maire, mais les préfets et le juge administratif se sont attachés à l'empêcher d'interférer avec les mesures étatiques, comme cela a été constaté sur l'obligation du port du masque par exemple. En revanche, les décideurs nationaux, ministres et hauts fonctionnaires à l'instar du directeur général de la santé, ont fait l'objet d'un afflux massif de plaintes, ce qui a donné lieu à l'ouverture de plusieurs informations judiciaires, à des perquisitions et à la mise en examen d'Agnès Buzyn, en attendant probablement, celles d'autres ministres.

L'affaiblissement du Parlement peut-il expliquer cette évolution ? Nous avons coutume de souligner que la mise en cause croissante de la responsabilité pénale des gouvernants pallie la déshérence du principe de responsabilité politique. La conjonction du parlementarisme rationalisé et du fait majoritaire rend improbable la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale. Dans la Constitution française, il n'existe pas de moyen de mise en jeu de la responsabilité individuelle des ministres. Le ministre engage la responsabilité du Gouvernement, ce qui entraîne le risque de renverser le Gouvernement dans son ensemble.

Les autres mécanismes de responsabilité, notamment les commissions d'enquête parlementaires, ont mis en lumière l'impréparation de l'administration de la santé. Mais elles ne peuvent que formuler des recommandations et ne sont donc pas en mesure de satisfaire le besoin de répression recherché à travers la plainte pénale.

La crise sanitaire a jeté une lumière crue sur la présidentialisation de la prise de décision, qui se satisfait assez mal de l'irresponsabilité du chef de l'État prévue à l'article 67 de la Constitution. Il apparaît donc une conjonction de facteurs institutionnels qui fait le jeu de la pénalisation de la vie politique. À l'affaiblissement du Parlement voulue par le constituant en 1958 est venue s'ajouter la montée en puissance d'un Président de la République irresponsable de droit, un Gouvernement qui l'est de fait et la montée en puissance de l'autorité judiciaire. Cette pénalisation me semble emblématique des problèmes de fonctionnement de la V^e République.

En ce qui concerne le privilège de juridiction des ministres, je vous propose de vous renvoyer à ma présentation écrite sur ce point. En résumé, jusqu'à la création de la Cour de justice de la République en 1993, la responsabilité pénale des ministres a été conçue comme un prolongement de la responsabilité politique. Le Parlement était investi du droit de mettre en jeu la responsabilité politique et une responsabilité politico-pénale à travers la transformation en Haute Cour de justice. Ce dédoublement fonctionnel a généré une certaine confusion entre responsabilité pénale et responsable politique, dont ont témoigné différents procès durant la première guerre mondiale.

Les Constitutions de 1946 et de 1958 reprennent le mécanisme des hautes cours parlementaires. En 1963, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation pose le principe d'une compétence exclusive de la Haute Cour de justice. Le système va très vite se bloquer avec l'affaire du sang contaminé. Ce point est important, car il a pesé lourdement dans les débats instituant la Cour de justice de la République. Pour sortir de cette impasse, nous nous sommes exposés à une confusion des registres en établissant une institution proche des juridictions ordinaires tout en étant très spécifique.

Cette institution, la Cour de justice de la République, témoigne d'un mélange des genres certain. Douze juges parlementaires ont pour mission de juger de la responsabilité des ministres pour des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions, mais sur le fondement du droit pénal et de la procédure pénale.

Pour l'ensemble de ces raisons, le fonctionnement de la Cour de justice de la République peine assez largement à convaincre. L'instruction est extrêmement longue, car la commission refait intégralement le travail mené à bien par le juge ordinaire avant qu'il se dessaisisse. Cela a été le cas pour les affaires Pasqua et Ballardur-Léotard.

Les procès sont décevants en raison de l'étroitesse du champ de compétences de la Cour de justice de la République. Celle-ci n'est compétente que pour les ministres et anciens ministres, ce qui fait que les coauteurs ou complices relèvent des juridictions ordinaires. Cette situation a fait obstacle à la manifestation de la vérité dans les affaires Lagarde ou Balladur par exemple. La Cour de justice de la République et la juridiction ordinaire se prononcent sur des faits liés ou identiques, ce qui entraîne un risque extrêmement fort de contradiction de la jurisprudence. En 2010, Charles Pasqua a été relaxé par la CJR de faits de corruption passive dans l'affaire du casino d'Annemasse, alors que la cour d'appel de Paris avait prouvé l'existence d'un pacte de corruption et condamné ses complices à des peines de prison.

La Cour de justice de la République n'a eu à juger que sept affaires. Les affaires les plus importantes sont le sang contaminé, les trois volets de l'affaire Pasqua en 2010, l'affaire Lagarde en 2016, l'affaire Balladur-Léotard en 2021. Ce nombre modeste d'arrêts témoigne de l'efficacité du filtre. Je me demande si ce filtre n'est pas en train de se distendre avec la mise en examen de Madame Buzyn et de Monsieur Dupond-Moretti. Cette extension du conflit d'intérêts à l'exercice des fonctions ministérielles traduit l'antagonisme entre le garde des sceaux et les magistrats, et une volonté des magistrats de contrôler leur ministre, ce que ne prévoit pas la Constitution.

Le filtre de la commission des requêtes est essentiel, car les ministres sont plus exposés que d'autres aux plaintes infondées. Il convient d'éviter de tomber dans le contrôle par la justice de l'action ministérielle. Cette commission des requêtes se compose de trois magistrats de la Cour de cassation, de deux conseillers d'État et de deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes. Il est important que ce filtre soit exercé par des familiers de l'action administrative et financière de l'État. La frontière entre la responsabilité politique et pénale est extrêmement poreuse. Nous pourrions songer à faire siéger un certain nombre de parlementaires au sein de la commission des requêtes.

Je me suis interrogée sur la faiblesse des peines prononcées par la Cour de justice de la République. La lecture des arrêts montre que l'appréciation politique l'emporte largement sur les considérations juridiques. La présence récurrente de jugements de valeur sur la politique en témoigne.

Dans l'affaire du sang contaminé, la relaxe de Laurent Fabius s'accompagne d'un *satisfecit* quant à la manière dont il a exercé ses fonctions. En revanche, dans les affaires Balladur, Lagarde et Pasqua, le ministre est tancé quant à la manière dont il a exercé ses fonctions : l'arrêt contient de vives condamnations morales non suivies d'effet sur le plan pénal. L'affaire Pasqua est la plus choquante. Il a été relaxé par la Cour de Justice de la République dans l'affaire du casino d'Annemasse et dans l'affaire du transfert du siège social d'Alstom. Il est condamné à une peine d'un mois

d'emprisonnement pour complicité d'abus de bien social dans une affaire concernant la SOFREMI, mais cette peine est assortie du sursis compte tenu de son passé au service de la France, et confondue avec la peine prononcée en 2009 par la cour d'appel de Paris pour financement illégal de sa campagne électorale. La Cour de justice de la République dans cette affaire n'a pas hésité à passer sous silence l'arrêt définitif de la cour d'appel de Paris qui pouvait pourtant l'inciter à condamner le ministre.

L'affaire Lagarde ne fait pas exception du point de vue de la peine. La décision de ne pas exercer de recours en annulation est reconnue comme constituant une négligence, mais aucune peine n'est prononcée afin de ne pas porter atteinte à sa réputation. N'est-ce pas pour la Cour de justice de la République, juridiction spécifique aux ministres, un peu curieux ? On s'interdit par principe de prononcer toute peine dès lors que le mis en cause poursuit sa carrière politique, ce qui soulève des difficultés.

En ce qui concerne l'affaire Balladur-Léotard, François Léotard a été condamné à deux ans de prison avec sursis et 100 000 euros d'amende, Édouard Balladur ayant été relaxé.

La clémence est assez manifeste. Quelle en est la raison ? Les facteurs sont multiples. Le député François Colcombet, ancien magistrat, affirmait que la Cour de justice de la République fonctionne un peu comme le tribunal de commerce d'une petite ville, où les commerçants se connaissent tous et se jugent entre eux. Il considère que le nombre de personnes siégeant à la Cour de justice de la République n'est pas assez important et perçoit une bienveillance d'identification : « la prochaine fois, si c'est moi, je paierai également ».

Ensuite, dans les affaires les plus complexes, comme le sang contaminé, l'affaire Pasqua ou l'affaire Balladur, la clémence de la juridiction s'explique par la dualité des procédures qui complique l'administration de la preuve.

En ce qui concerne l'affaire la plus récente, l'affaire Balladur-Léotard, aucun témoin clé condamné le 15 juin 2020 par le tribunal de commerce de Paris à de la prison ferme pour complicité d'abus de biens sociaux au détriment des sociétés Sofresa et DCN-I n'est venu déposer à la Cour de justice de la République. Certains ont envoyé des déclarations écrites à la Cour. Celles-ci n'ont pas été lues à l'audience, mais leur contenu a été publié dans *Le Canard enchaîné*, ce qui laisse songeur, et a été contesté par le seul témoin présent, l'ancien directeur de cabinet du Premier ministre. Je peux vous assurer que cette situation était incompréhensible. Cette disjonction des procédures permettait des stratégies juridictionnelles beaucoup plus qu'elle ne permettait l'établissement de la preuve par la confrontation des témoignages, comme dans un procès digne de ce nom.

En ce qui concerne l'origine frauduleuse du financement de la campagne d'Édouard Balladur, le tribunal correctionnel a dit « noir », la

Cour de justice de la République a dit « blanc ». La jurisprudence de la Cour de justice de la République témoigne d'une justice politique, où une cour composée d'élus se montre moins sévère que ne le feraient des juges ordinaires.

Faut-il supprimer la Cour de justice de la République et reconnaître la pleine et entière compétence des tribunaux ordinaires ? Je ne le crois pas. Deux projets de loi ont visé à réformer la Cour de justice de la République, en 2013 puis en 2019, préconisant la compétence de la cour d'appel de Paris.

Le problème selon moi est que l'action du gouvernant consiste à trancher entre intérêts opposés, de sorte que le dommage est quasiment consubstantiel à l'action politique. La frontière entre l'incompétence du ministre et l'infraction pénale est évanescence. Tout ne peut être remis au juge ordinaire. Lorsque le constituant se sera prononcé en faveur de la suppression de la Cour de justice de la République, il est à craindre que le filtre de la commission des requêtes soit beaucoup plus lâche. Il faudrait à mon sens supprimer la CJR et circonscrire aussi précisément que possible la compétence des juridictions de droit commun afin de limiter leur compétence à la « criminalité gouvernante », c'est-à-dire aux délits de droit commun.

Cette proposition ne me semble pas poser de problème particulier. Parmi les décisions prises par la Cour de justice de la République, seules l'affaire du sang contaminé et l'affaire Lagarde se distinguent. Dans ces deux affaires, l'action judiciaire a abouti à porter un jugement sur la compétence professionnelle du ministre. Il en sera de même pour la gestion de la pandémie. En revanche, les autres affaires étaient fondées sur des délits de droit commun, escroquerie, diffamation, abus de biens sociaux, etc. Ces affaires auraient pu être traitées devant les juridictions ordinaires sans mettre en péril la séparation des pouvoirs.

Il faut prendre garde à ne pas remettre en cause l'un des apports majeurs du constitutionnalisme, la substitution de la responsabilité politique à la responsabilité pénale. Il faut maintenir une commission des requêtes, en y faisant siéger éventuellement des parlementaires, et la charger d'examiner les effets de l'acte incriminé afin d'identifier le caractère intentionnel de l'infraction. Il convient de trouver un mécanisme qui permette de limiter la compétence de l'autorité judiciaire aux seuls actes volontaires commis dans l'exercice ministériel, diffamation, atteinte à la vie privée, prise illégale d'intérêt, ou à l'occasion des fonctions, complicité d'escroquerie, abus de confiance, recès d'abus de bien social, etc. En revanche, les délits non intentionnels commis par négligence, imprudence ou mauvaise appréciation des intérêts de l'État, qui renvoient aux insuffisances du ministre, devraient relever de la seule responsabilité politique du ministre. La commission des requêtes pourrait, selon les cas, orienter la plainte vers les juridictions répressives de droit commun ou vers les instances parlementaires.

Dans un tel schéma, il faudrait faire en sorte de faire siéger des parlementaires au sein de la commission des requêtes afin de les inciter à se saisir du problème si la voie parlementaire était retenue. Guy Carcassonne proposait d'améliorer le dispositif de la Cour de justice de la République en prévoyant notamment que la décision prise par la commission des requêtes de mettre en jeu la responsabilité politique du ministre ou de l'ancien ministre entraîne la création de droit et sans délai d'une commission d'enquête parlementaire aux pouvoirs renforcés, bénéficiant par exemple d'un véritable droit de suite. Il précisait que cette commission pourrait proposer une sanction appropriée : destitution, interdiction d'exercer des fonctions gouvernementales, voire inéligibilité. Il proposait qu'un débat s'instaure sur la sanction, au cours duquel la personne mise en cause serait entendue. Ce débat serait inscrit de droit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale pour éviter tout éventuel contournement, contraignant cette dernière à offrir son *quitus* ou à imposer une sanction au gouvernant incriminé.

Des difficultés sont inhérentes à une telle proposition. Mais il me semble qu'une telle solution autoriserait une extension de la compétence des juridictions ordinaires pour les délits de droit commun et un renforcement des mécanismes de responsabilité politique dès lors qu'il s'agit de contrôler l'action du ministre. Ainsi serait peut-être atteint le difficile équilibre entre la justiciabilité et la nécessaire prise en compte des fonctions exercées.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Merci pour votre intervention. Je donne la parole au rapporteur.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Je vous remercie de votre analyse structurée avec sa part d'originalité. Pourriez-vous nous donner des éléments sur l'état de la judiciarisation dans d'autres pays ? Le recours au juge pénal est-il une spécificité française ? Se retrouve-t-il ailleurs ? En Allemagne, rien n'interdit une mise en cause pénale d'un homme ou d'une femme politique, mais ce n'est pas l'usage. En 2015, une plainte contre la Chancelière a été rapidement classée et n'a donné lieu à aucun débat public. Quels enseignements pouvons-nous tirer des pratiques des autres pays ?

Mme Cécile Guérin-Bargues. – En ce qui concerne la spécificité de la judiciarisation française, celle-ci réside selon moi dans son ampleur et dans son caractère paroxystique. Les Allemands ont enregistré des plaintes, mais cela n'a pas pris une telle ampleur. Cela a été également le cas en Italie, où la situation est très différente étant donné que la Constitution italienne a été révisée en 1989, et il n'y a plus de Cour de justice de la République. La Constitution italienne subordonne le fait de mettre en cause la responsabilité pénale des ministres à une autorisation de la Chambre des députés et du Sénat. Il y a une protection systématique des ministres. La psychologie collective allemande est très différente de ce qui se passe en France. Il n'y a pas en Allemagne le même attrait pour le procès pénal.

En Angleterre, il y a une soumission des ministres au droit commun sans aucune protection en raison de l'importance du principe d'égalité, mais les juges ne sont pas formés de la même manière. 93 % des infractions pénales sont jugées par des juges tirés au sort, non professionnels. Il n'y a pas cette dimension médiatisée des actions pénales. Les magistrats professionnels ont une vision très différente de celle des magistrats en France. Ils s'exposent beaucoup moins médiatiquement. Il y a moins l'enjeu de lutte entre les pouvoirs qui transparait en France.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Je poserai une dernière question sur l'aspect technique. Au-delà de l'aspect philosophique sur une juridiction d'exception, notre système actuel met en avant trois sujets majeurs. Le premier concerne la connexité, c'est-à-dire le caractère simultané d'une procédure d'exception pour le ministre et d'une procédure de droit commun pour les hauts fonctionnaires et les membres du cabinet qui sont intervenus. Une solution consiste à mettre en place une juridiction de droit commun pour tout le monde. Des mesures techniques permettraient-elles de conserver une Cour de justice de la République tout en résolvant ce problème de connexité ?

Les griefs formulés concernent ensuite l'absence de la présence de la victime devant la Cour de justice de la République et l'absence des voies de recours en appel.

Enfin, serait-il pertinent de garder le filtre d'une commission des requêtes en y intégrant des parlementaires ? Pourrait-on imaginer de conserver ce filtre pour ne pas tomber dans des excès et de revenir devant le juge de droit commun pour statuer à l'issue de l'instruction ? Où mettriez-vous l'instruction dans ce cadre ? Doit-elle relever d'un mécanisme spécifique propre à la juridiction d'exception ? Peut-on envisager un traitement par le juge d'instruction de droit commun ? En conclusion, quelles sont vos pistes actuelles de réforme ?

Mme Cécile Guérin-Bargues. – J'ai noté de nombreuses questions. La juxtaposition des poursuites soulève effectivement d'importantes difficultés. Nous ne pouvons pas résoudre ce problème de connexité entre les faits en gardant la Cour de justice de la République, sauf à étendre la compétence personnelle de la Cour à un ensemble de personnes relativement important : conseillers, directeurs de cabinet, directeurs de cabinet adjoint, conseillers ministériels, directeurs d'administration centrale, etc.

Or, il y a une « idéologie du droit commun » qui ne va pas dans le sens de l'extension d'une juridiction d'exception à un groupe social plus important. De plus, si la Cour de justice de la République devait siéger beaucoup plus fréquemment, les parlementaires éprouveraient des difficultés à se rendre disponibles, étant donné qu'il faut assister à l'ensemble des débats, et que chaque réunion mobilise douze parlementaires et autant de suppléants.

En conclusion, je ne pense pas que la Cour de justice de la République puisse être sauvée et que sa compétence puisse être étendue.

La question de l'absence de parties civiles est délicate. Elle s'est manifestée dans l'affaire de diffamation qui visait Ségolène Royal, au cours de laquelle l'absence des parties civiles a compliqué la procédure. Il a fallu, comme souvent en matière de Cour de justice de la République, « bricoler » divers mécanismes. Faut-il admettre la constitution de partie civile en dehors des juridictions ordinaires ?

En ce qui concerne l'instruction, il s'agirait, dans le cadre de la réforme que je vous ai proposée, de remettre les délits de droit commun aux juges ordinaires, avec une procédure d'instruction classique. Si ce système fonctionnait, les faits comme le sang contaminé ou l'affaire Lagarde relèveraient de la responsabilité politique et seraient appréciés par le Parlement.

Il faut absolument garder un filtre, ce qui est le rôle de l'actuelle commission des requêtes. Cette commission est essentielle. Il faut lui adjoindre éventuellement un certain nombre de parlementaires. La commission des requêtes réunit actuellement sept représentants des juridictions. Nous pourrions ajouter sept parlementaires, ou calquer son organisation sur celle du Tribunal des conflits avec quatre magistrats judiciaires, quatre membres du Conseil d'État et quatre parlementaires. Il serait préférable de créer une commission des requêtes plus étoffée afin de lui donner la possibilité de résister à l'opinion publique et aux médias qui sont tendanciellement favorables à la saisine des juridictions. L'article 24 de la Constitution précise que le Parlement contrôle le Gouvernement. À ce titre, des députés et des sénateurs pourraient faire partie de cette commission, afin de rappeler que la responsabilité politique ne se limite pas à la seule motion de censure.

M. Alain Richard. – J'approuve l'intégralité de vos développements sur l'analyse de l'actuelle Cour de justice de la République. En revanche, son remplacement par un système qui imposerait un « détournement » intégral du droit pénal me paraît inconcevable. Je rappelle que 10 000 infractions sont prévues par le droit français. Guy Carcassonne, pour lequel j'avais beaucoup d'amitié, était aussi un esprit brillamment paradoxal. Selon lui, une juridiction qui applique le code pénal contre un ancien membre du Gouvernement mettrait en cause sa responsabilité politique, ce qui imposerait de mettre en œuvre une réforme à partir de critères faisant abstraction du code pénal.

Des conclusions me semblent utiles à tirer de vos observations très fines sur le fonctionnement de la Cour de justice de la République, mais sans remettre en cause l'existence de l'institution.

Mme Cécile Guérin-Bargues. – Merci, Monsieur le ministre. Cette solution impliquerait-elle un pointillisme juridique poussé à l'extrême ?

Nous pourrions étudier le sujet de manière plus globale et tenter de voir s'il existe un délit relevant du droit commun ou une volonté d'apprécier une décision politique. En ce qui concerne l'affaire du sang contaminé ou l'affaire Lagarde, les décisions prises étaient politiques. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice de la République a constaté la décision de ne pas faire un recours en annulation contre l'arbitrage...

M. Alain Richard. - C'est un délit de négligence au pénal !

Mme Cécile Guérin-Bargues. - Une ministre qui n'a pas bien fait son travail ne relève pas nécessairement du droit pénal. Pour quelle raison les parlementaires accepteraient-ils que l'exercice de la fonction de membre du Gouvernement soit redevable devant une juridiction ? Il me semble que des actes au cœur des fonctions ministérielles n'ont pas vocation à être évalués par le juge qui se poserait en garant de la rectitude ministérielle.

M. Alain Richard. - Il y a une relaxe en l'absence d'infraction pénale.

Mme Cécile Guérin-Bargues. - A l'heure actuelle, nous sommes à mi-chemin. Il n'y a pas vraiment de relaxe, mais une peine et une dispense de peine. Le système actuel n'est pas très satisfaisant.

M. Alain Richard. - Cette situation est liée à mes yeux à la composition déséquilibrée de la formation de jugement.

Mme Cécile Cukierman. - Je vous remercie encore et vous invite à nous adresser vos réponses également par écrit. Je vous souhaite une bonne fin de journée.

**Audition de M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation,
ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme,
président de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 »**

(Mardi 8 février 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. - Nous avons le plaisir d'accueillir M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation.

Votre audition nous intéresse à double titre.

Vous avez siégé, de 2011 à 2020, en tant que juge élu au titre de la France, à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ; vous pourrez nous dire quel regard vous portez sur l'activité de cette Cour, qui a contribué depuis sa création à améliorer la protection des droits fondamentaux en Europe, mais dont les décisions suscitent parfois des controverses dans les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme.

Vous connaissez ensuite très bien la Cour de cassation, où vous avez siégé pendant six ans, et vous avez présidé récemment la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 », qui a formulé 37 propositions,

dont certaines font très directement écho aux réflexions de notre mission d'information, créée à l'initiative du groupe Union Centriste et dont Philippe Bonnacarrère en est le rapporteur.

J'ajoute que vous avez également siégé au tribunal de première instance de l'Union européenne de 1995 à 2001.

Notre mission d'information s'intéresse à ce qui lui semble être la place grandissante prise par les juridictions, nationales et européennes, dans la production de la norme et dans la prise de décision publique et à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie. Nous réfléchissons aux nouveaux mécanismes de dialogue et de régulation qui pourraient éventuellement être mis en place pour surmonter les tensions ou les incompréhensions qui se font parfois jour entre les juges et les politiques.

Vous avez reçu un questionnaire indicatif, qui précise les préoccupations du rapporteur. Vous pourrez répondre à une partie des questions dans votre intervention liminaire ; les interventions du rapporteur et de nos collègues permettront d'aborder d'autres points. Par ailleurs, vous pourrez nous adresser une contribution écrite si vous le souhaitez pour compléter votre intervention orale.

Je précise, pour terminer, que cette audition fait l'objet d'une captation vidéo.

M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, président de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 ». – C'est à la fois un honneur et un privilège pour moi que de pouvoir débattre d'un sujet aussi central pour la réflexion des juges dans leur relation avec les autorités politiques.

Les relations entre les différents acteurs de la vie institutionnelle sont une question difficile, délicate, qui est évoquée à l'occasion d'un article paru dans un journal, d'une chronique quelque peu virulente. Il est rare de demander à des personnes de s'exprimer de manière ouverte sur ce sujet. J'ai donc le sentiment d'avoir, pour une fois, l'occasion de m'exprimer dans le cadre d'un débat structuré avec les interlocuteurs les plus autorisés.

Avant de répondre aux questions que vous m'avez posées, permettez-moi de faire quelques observations.

Le thème que vous abordez est à la fois ancien, récurrent, complexe et très sensible. Les susceptibilités à vif qui s'expriment alors rendent difficile le débat de fond, ce qui n'est pas de nature à trouver des solutions susceptibles d'améliorer la situation.

Vos préoccupations s'articulent autour de deux thèmes : la légitimité et la souveraineté.

Je commencerai par formuler quelques considérations personnelles. Ce débat se déroule à un moment où notre démocratie connaît une crise extrêmement grave.

Premièrement, cette crise touche l'exécutif et se traduit par une crise de l'action. En témoignent les difficultés rencontrées pour mettre en œuvre les politiques publiques : même lorsqu'elles sont destinées à protéger la santé, elles déclenchent immédiatement des réactions vives, brutales, voire parfois, selon moi, relativement irrationnelles.

Deuxièmement, nous connaissons une crise de la représentation. La fonction première des parlementaires est contestée par les citoyens : ils ne participent pas aux élections et ont une attitude très critique, voire violente, y compris physiquement, à l'égard de leurs représentants, ce qui est inacceptable.

Troisièmement, nous vivons une crise juridictionnelle, qui s'apparente à une crise de l'interposition. Le rôle premier d'un juge est d'être une autorité tierce qui tranche ou réduit les tensions qui traversent la société. Or les juges sont débordés et dépréciés. Les états généraux de la justice vont avoir fort à faire pour répondre à cette crise.

Les relations entre ces trois pôles sont extrêmement délicates. Celles entre le législatif et l'exécutif ne sont pas facilitées par l'organisation de la Ve République, qui a été pensée pour libérer l'exécutif des aléas du jeu parlementaire, en limitant étroitement le champ du législatif. Par ailleurs, il est clair que la présidentialisation de ce régime en change pour partie le centre de gravité.

Enfin, les partis politiques ne sont plus toujours à même de remplir leurs fonctions. Aussi, il est difficile pour les parlementaires de se faire entendre clairement par ce canal.

J'aborderai ensuite le principe de la séparation des pouvoirs, un principe central. À mes yeux, il ne s'agit pas là d'une sorte de répartition géographique, avec des frontières qui traceraient des limites infranchissables. Il s'agit plutôt d'un ensemble fonctionnel dans lequel les trois acteurs ont des tâches et des missions spécifiques, qui exigent une grande interactivité, une réelle complémentarité et la nécessité absolue de faire preuve de respect, d'écoute et d'ouverture.

Permettez-moi de dire un mot sur la légitimité. Il ne fait aucun doute pour moi que la source première de la légitimité, c'est l'élection. À ce titre, les membres du Parlement sont investis de cette autorité. Toutefois, d'autres légitimités concourent à protéger, renforcer et développer la démocratie. À mon sens, les juges ont une vraie légitimité qui renforce la légitimité électorale.

Il est clair qu'il y a une différence de culture entre les juges et les politiques. Les responsables politiques développent - c'est bien légitime - une culture de ce que j'appelle, même si l'expression est un peu caricaturale,

l'efficacité managériale, appliquée à des questions qui exigent des réponses rapides. À cet effet, ils doivent déployer une communication qui s'adresse au plus grand nombre et implique donc qu'elle soit simple. Les juges sont dans une temporalité différente : la justice intervient après que les problèmes se sont posés. La justice traite les cas de façon à la fois différenciée et détaillée, en ayant recours à un ensemble normatif. Dans la réalité, politiques et juges ne se comprennent pas nécessairement très bien et peuvent être surpris ou agacés par l'attitude de leurs interlocuteurs. Nous devons avoir conscience de ces différences, qui sont inhérentes à nos missions spécifiques.

Je le crois profondément, il importe que chaque partie fasse preuve d'écoute, de respect et d'attention, en vue de réduire les incompréhensions. À cet égard, je reprendrai le titre d'un ouvrage consacré au dialogue interreligieux : *Nous avons tant de choses à nous dire*.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Votre intervention liminaire nous permet d'entrer dans le vif du sujet.

Nous avons été passionnés par la lecture du rapport que vous avez fait au nom de la mission qui vous a été confiée par la Première présidente de la Cour de cassation, Chantal Arens, et par le Procureur général, François Molins. S'agissant du droit européen, se posent la question de la production de la norme et celle de l'articulation entre la norme européenne et la norme nationale ; on retrouve là les questions de légitimité et de souveraineté.

Votre rapport présente une analyse que je qualifierai d'originale de notre situation juridique, en faisant référence à l'internationalisation et à la globalisation. Vous n'avez pas peur d'évoquer les débats qui traversent la société européenne. Votre conclusion, provisoire, est que le juge n'est plus simplement un interprète de la loi, dans une société qui n'est plus légicentrée, mais qu'il produit de la norme juridique et est, à ce titre, un acteur politique. Vous affirmez que le juge participe à une sorte de coresponsabilité de la démocratie. Ce faisant, il a aussi un rôle politique, qu'il doit assumer et donc accepter le débat sur les limites ou les autolimitations de sa fonction. Ce résumé est-il par trop caricatural ? Quelles propositions pourriez-vous faire pour favoriser le dialogue, l'écoute et le respect réciproques ? Comment traiter le sujet de l'autolimitation du rôle du juge dans le cadre d'un dialogue avec la société ?

M. André Potocki. – Non seulement vous ne caricaturez pas nos positions, mais vous allez immédiatement au cœur de nos propositions. Cacher une réalité pour respecter un dogme est toujours extrêmement dangereux. Cela a pendant très longtemps été le cas.

Le juge ne crée pas la norme. À cet égard, la très belle formule de Pierre Pescatore, grand juge et professeur de droit luxembourgeois, qui a également été juge à la Cour de justice des communautés européennes, m'a ouvert les yeux : « le juge est un législateur interstitiel. » Les interstices sont

de plus en plus larges. La norme est écrite de plus en plus souvent dans une texture ouverte, comme disent les linguistes. C'est l'une des caractéristiques, notamment, des droits fondamentaux : on y trouve à la fois un principe et une règle, mais le principe est toujours exprimé de façon ouverte.

Il importe donc de dire clairement les choses, pour rappeler aux juges que, ayant ce pouvoir, ils doivent en mesurer les conséquences, donc l'exercer avec la retenue, la mesure, la pertinence nécessaires. L'une des façons de le faire, c'est de ne pas rester entre soi, et d'avoir des échanges avec ceux qui exercent des fonctions voisines et complémentaires. Il est donc extrêmement important de chercher des solutions ou des voies de progrès dans ce domaine.

Je me permets de revenir sur l'expression « faire de la politique ». Mes collègues doivent bien se garder de faire de la politique. Interférant souvent dans la politique, ils ne doivent surtout pas calculer ces interférences de telle sorte qu'elles auraient une conséquence qu'ils souhaiteraient subjectivement dans le jeu politique.

En revanche, ils doivent dire le droit, même si ce dernier a des conséquences sur les débats de société, sur les politiques qui sont menées par ceux qui en ont la compétence légitime. Ils doivent le dire avec courtoisie, avec prudence, mais ils doivent le dire. Ils doivent faire extrêmement attention à ne pas créer de catastrophes en brandissant des armes juridiques très fortes.

Je n'ai pas de recette absolue. Cependant, je puis suggérer deux pistes de solution.

Premièrement, je crois que, dans la formation, aussi bien initiale que continue, des juges il faut les aider à comprendre ces interférences, à les mesurer et à intervenir en conséquence, avec le doigté nécessaire. Les juges, la plupart du temps, sont enfermés dans une logique de très grande autonomie, presque d'autarcie, qui les conduit à ne pas bien en mesurer les conséquences. Un certain nombre d'entre eux considèrent même qu'un juge coupé de toute réalité extérieure qui pourrait avoir une influence sur sa décision serait vertueux. Certes, nous faisons le droit, nous appliquons le droit, mais le temps du syllogisme quasiment algébrique, dans lequel il suffisait de s'en remettre à une règle générale et d'effet particulier pour en déduire la seule solution possible, est révolu. Il faut faire particulièrement attention lorsque l'on met en œuvre ces modes de résolution des conflits nouveaux que sont, par exemple, le test de proportionnalité ou la balance des droits. Il est donc très important que fasse clairement partie de la formation des juges cet éveil au caractère interactif des différentes autorités et des différents pouvoirs qui s'expriment dans le champ public.

Deuxièmement, je pense que des juridictions qui ont un véritable pouvoir normatif, parce qu'elles sont situées au plus haut niveau de la hiérarchie - même s'il s'agit plus, désormais, d'un réseau que d'une

hiérarchie –, devraient pouvoir rencontrer des partenaires publics pour discuter avec eux d'un certain nombre de décisions rendues pendant l'année, pour entendre leur réaction – par exemple, les problèmes que ces décisions leur ont causés.

Tout en respectant bien évidemment le secret des délibérations, on pourrait imaginer une discussion assez ouverte. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé à la Cour européenne des droits de l'homme lorsque nous avons eu la visite de parlementaires de la commission des lois de l'Assemblée nationale : nous avons discuté de façon très directe de telle ou telle affaire. Cela exige une attention, un respect, une diplomatie, car le terrain est délicat et sensible, mais il me semble extrêmement important que les juges puissent expliquer leurs décisions en réponse à des interrogations.

J'ai bien compris, monsieur le rapporteur, que nous nous rejoignons sur l'idée que la solution n'était certainement pas dans l'établissement d'un rapport de forces, lequel serait clairement contre-productif.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Ces échanges qui viseraient à redonner un sens collectif aux décisions prises, sans les remettre en cause et sans délégitimer cette capacité à prendre la décision, doivent-ils, à votre avis, être publics ou privés ?

Au reste, cette question appelle une réponse à tiroirs : en théorie, dans une société idéale, et dans la société de l'hypermédiatisation et des réseaux sociaux qui est la nôtre aujourd'hui, où les meilleurs principes peuvent, dans leur application, avoir des effets contraires à ceux qui sont recherchés.

M. André Potocki. – Par votre question, vous me placez exactement dans une situation de balance des droits, qui est habituelle pour un juge. En l'occurrence, il faut faire la balance entre le droit à la transparence et la recherche d'efficacité. Mon expérience m'a montré que la courbe d'effectivité d'un droit avait la forme d'une cloche : dans un premier temps, plus on renforce un droit, plus son effectivité monte. Au-delà d'une certaine limite, qui est variable suivant les droits, cette courbe s'inverse et redescend.

Si l'on veut imposer une transparence absolue à tous, cela fera baisser l'efficacité à un moment donné. Il n'est pas question qu'il y ait des sortes de réunions secrètes entre les juges et les parlementaires, où se diraient des choses que personne ne doit entendre. Il est important que ces rencontres puissent avoir une certaine dimension publique. Mais, de même que tout ne se dit pas nécessairement en réunion de travail, je crois que peuvent s'installer, de façon exempte de tout soupçon, au cours d'une journée de travail en commun, des échanges plus directs, où l'on peut se dire des choses plus facilement, qui n'ont rien de secret, mais qui pourraient heurter des susceptibilités ou sembler un peu curieuses.

J'ai bien conscience qu'il s'agit d'une réponse de Normand...

Je pense qu'il faut trouver de façon très concrète une solution à la fois ouverte et informelle, qui permette d'aller au cœur des vrais problèmes, qui ne sont pas toujours faciles à exprimer.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Pour le dire avec les mots de l'époque, ce sont des choses que nous devrions avoir « en présentiel », et non en « visioconférence »... Nous mesurons l'importance de ces temps de l'avant et de l'après, surtout depuis deux ans : ils nous permettent de partager et de construire ces choix. Nous sommes tous confrontés et sensibles à l'enjeu de la transparence de la vie politique.

Je rejoins la comparaison que vous faites avec la cloche : on risque, à trop rassurer, d'affoler sur des situations qui demeurent très singulières et pourraient jeter l'opprobre.

Le rapport de la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 » prône la possibilité de traiter certaines affaires phares selon une procédure interactive ouverte. Les pourvois retenus seraient ceux dans lesquels existe une interférence forte entre champ juridique et champ politique ou suscitant des débats intenses dans la société.

Comment décider du type d'affaires visé ? Pouvez-vous nous donner des éléments sur cette procédure ? Les parlementaires pourraient-ils intervenir au cours de celle-ci pour faire connaître leurs analyses ? Les moments informels sont importants, mais nous avons aussi des comptes à rendre. Jusqu'où doit donc aller la publicité de nos échanges sur ce type d'affaires ?

M. André Potocki. – Il faut bien admettre que la Cour de cassation est un lieu étrange. Même pour les juristes confirmés, cette juridiction est nimbée de mystère. Elle rendait encore jusqu'à il y a peu des décisions cryptiques, très difficiles à comprendre et à interpréter, selon des procédures, qui, tout en étant d'une régularité parfaite et d'un formalisme extrême, étaient très difficiles à comprendre. Parfois, et même de plus en plus souvent, ses décisions interviennent brusquement dans des domaines qui font l'objet de débats, d'articles de presse, de prises de position ou d'actions politiques. J'imagine que les gens se demandent d'où vient cet arrêt, comment il a été élaboré, qui sont ceux qui l'ont rendu...

L'idée est donc de montrer comment la Cour de cassation élabore sa décision sur ces affaires extrêmement intéressantes pour les citoyens, de faire apparaître la complexité des affaires qui lui sont soumises et du processus de résolution de celles-ci par le droit.

Je veux citer une très belle formule du merveilleux professeur qu'est Mireille Delmas-Marty : « il faut élaborer une pédagogie de la complexité pour éviter une démagogie de la simplicité. » Je trouve cette phrase extrêmement forte. En l'occurrence, l'idée serait donc que, entourée de tout un dispositif pédagogique permettant au plus grand nombre de comprendre ce qui se passe, la Cour de cassation tienne, de façon publique, ouverte,

filmée, une première séance durant laquelle elle entendrait une multitude d'acteurs, de sachants, d'*amicus curiæ*, qui permettraient de bien comprendre, surtout dans un débat très interactif, ce qui est en jeu et les différents éclairages possibles. Dans un second temps, l'ensemble de ces éléments seraient intégrés dans une audience plus classique, au cours de laquelle les juges pourraient interroger les parties et leurs avocats sur les conséquences que l'on peut tirer juridiquement de ce qui a été dit. On ne pourrait pas le faire très souvent : seules une ou deux affaires de ce type pourraient être traitées suivant cette procédure chaque année, mais on rendrait ainsi l'institution de la Cour de cassation visible, avec une forme de théâtralisation, ce qui n'a rien de dépréciatif, au contraire.

Des affaires aussi importantes que celles du voile islamique ou de la gestation pour autrui (GPA) auraient très bien pu donner lieu à une discussion pour que l'on comprenne à quel point ces questions sont extraordinairement compliquées. Cela aurait permis de beaucoup mieux comprendre le rôle de la Cour de cassation et, parfois, l'affaire elle-même.

Les parlementaires pourraient-ils s'exprimer dans cette procédure pour faire connaître leur opinion devant la Cour de cassation ? C'est la partie la plus difficile de votre question. Nous en avons beaucoup discuté dans nos délibérations. Nous étions bien sûr séduits par l'enrichissement extraordinaire que pourrait apporter la présence des parlementaires, qui pourraient expliquer comment la loi a été conçue. Toutefois, plusieurs points nous ont fait renoncer à cette solution. Premièrement, nous voyons bien la difficulté que ce fonctionnement peut poser au regard du principe de séparation des pouvoirs : on pourrait se demander si cela n'entraînerait pas une confusion. Deuxièmement, imaginons que les chambres présentes expriment un avis très précis. La Cour de cassation se trouverait alors dans une situation assez délicate : si elle suit cet avis, on l'accusera de soumission, le temps du référé législatif étant fini depuis longtemps ; si elle ne le suit pas, on lui reprochera de se révolter contre l'autorité des parlementaires, qui savent mieux qu'elle la façon dont il faut interpréter et peut-être même appliquer la loi.

Nous nous sommes donc dit qu'il était peut-être prudent de ne pas s'avancer sur ce terrain.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – On peut cependant penser que des échanges en bonne intelligence permettent de donner à voir aux juges la réflexion des parlementaires au moment de la construction de la loi, pour leur permettre, le moment venu, d'apprécier la décision telle qu'elle se pose.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Je m'adresse désormais au juge de la CEDH et du tribunal de première instance de l'Union européenne.

La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme a donné lieu à un corpus de décisions considérable, qui conduit

aujourd'hui à considérer que l'ensemble des sujets sociétaux relèvent plus ou moins de la compétence de la Cour de Strasbourg.

Or, en 1950, personne n'avait en tête l'idée que l'ensemble du champ sociétal serait traité par la CEDH. Les membres de la Cour sont-ils conscients de cette absence initiale de consentement des citoyens à un tel pouvoir ? Avez-vous le sentiment que la Cour de Strasbourg exerce sa responsabilité avec retenue ou qu'au contraire son rôle faitier dans notre système juridique européen l'a conduit à dérouler sa mécanique ?

Vous avez évoqué l'efficacité managériale, la nécessité de simplifier, l'efficacité de l'action publique. La CEDH perçoit-elle les conséquences de sa jurisprudence sur l'action des États ? Cherche-t-elle, à votre sens, à faire preuve de modération et à ne pas interférer à l'excès, excepté, bien sûr, dans la défense des libertés fondamentales, rôle qui lui a été confié dès le début ? Respecte-t-elle cette logique de discrétion, d'autolimitation ou de respect réciproque que vous avez évoquée tout à l'heure ? Quel est votre sentiment sur la réalité de la situation ?

M. André Potocki. – Je crois qu'il était difficile de ne pas imaginer qu'une juridiction chargée d'interpréter et d'appliquer des droits formulés dans des termes très larges, dans un monde extrêmement complexe, où tout bouge extrêmement rapidement et dans lequel les droits protégés par la Convention sont très souvent, et sous des formes renouvelées, mis en cause, n'allait pas sortir d'une interprétation strictement littérale. L'expression « interprétation littérale » est d'ailleurs, selon moi, un oxymore...

Cette question se pose, d'ailleurs, au-delà de l'Europe. Ainsi, aux États-Unis, la Cour suprême doit elle aussi interpréter les dispositions de la Constitution américaine relatives aux droits de l'homme, dont les formules sont assez vagues. S'est développé un courant « originaliste », extrêmement curieux puisqu'il consiste à dire que le juge constitutionnel américain n'est légitime que s'il interprète la Constitution en se mettant à la place, aux temps et dans les circonstances des Pères fondateurs de la Constitution. Cela donne lieu à des débats tout à fait bizarres. Ainsi, dans le débat récurrent devant la Cour suprême des États-Unis sur le droit de porter des armes, à ceux qui estiment qu'il est extrêmement dangereux de se promener avec des armes au milieu de places et de rues couvertes de monde, certains rétorquent que, au XVIII^e siècle, il était tout à fait normal de traverser une ville en ayant deux colts à la ceinture, puisque l'on risquait de rencontrer un Indien ou un grizzly susceptible de vous agresser... Ce courant est important. Une personnalité très connue qui a poussé cette logique jusqu'à son extrême était le juge Antonin Scalia, mort il y a quelques années.

Cette logique n'est pas du tout celle qui prévaut en Europe et même en France. On sait bien que, dans un monde qui bouge, les lois sont interprétées de façon différente. Ainsi, il ne nous paraît pas choquant que la portée de certains textes du code civil ait été complètement transformée par

une interprétation destinée, par exemple, dans le cadre de la responsabilité civile du fait des choses, à prendre en considération le danger nouveau que représentaient les voitures automobiles – et encore, les textes concernés sont souvent plus fermés ou précis que ceux de la Convention...

La Cour européenne des droits de l'homme affirme clairement que la Convention est un instrument vivant, raison pour laquelle elle met en œuvre ce qu'elle appelle une interprétation dynamique et ouverte. Cela donne lieu à un débat extrêmement intéressant au sein de la Cour elle-même. Les juges sont plus ou moins activistes, plus ou moins prudents. En 2005, la Cour a rendu un arrêt, qui a fait pas mal de bruit, dans l'affaire *Hirst c/ Royaume-Uni*, qui portait sur la suppression dans ce pays du droit de vote des personnes condamnées à une peine de privation de liberté. Certains invoquaient l'article 1^{er} du protocole 3 sur la liberté et le droit au vote. La Cour a considéré que le fait d'interdire absolument, sans aucune exception, le droit de vote aux personnes condamnées à une peine privative de liberté constituait une violation de ce droit.

Quatre juges ont fait valoir une opinion séparée – les opinions séparées sont souvent très intéressantes. Je vous en donne lecture : « nous ne contestons pas qu'une des tâches importantes de la Cour soit de veiller à ce que les droits garantis par le système de la Convention respectent "les conditions d'aujourd'hui", ce qui peut justifier dans certains cas une approche "dynamique et évolutive". Cependant, il est indispensable de se rappeler que la Cour n'est pas un organe législatif et qu'elle doit veiller à ne pas exercer de fonction législative. Une interprétation évolutive ou dynamique doit être suffisamment ancrée dans une transformation de la société dans les États contractants comme l'apparition d'un consensus quant aux normes à atteindre. » Cette question est donc débattue à l'intérieur même de la Cour, et cette discussion revient chaque fois que celle-ci se situe un peu sur la ligne de crête.

Il existe donc bien un mouvement très évolutif, très dynamique. Dans le même temps, la Cour est prudente sur des sujets très sensibles. Elle a alors très présent à l'esprit le principe de subsidiarité, en vertu duquel c'est d'abord aux États de décider ; c'est seulement dans le cas d'une violation manifeste du droit qui n'a pas été réparée au niveau national que la Cour peut intervenir. La Cour a d'ailleurs créé la notion de « marge nationale d'appréciation », laquelle a été intégrée dans le protocole n° 15, qui vient d'entrer en vigueur à la demande des Britanniques – le Premier ministre de l'époque a fait valoir auprès des eurosceptiques qu'il avait arraché cette victoire à une juridiction qui ne pensait qu'à « dévorer » la souveraineté des États, alors que cela a vraiment été conçu par la Cour, qui l'utilise extrêmement souvent.

Par conséquent, monsieur le rapporteur, je dirais que nous sommes sur un point d'équilibre et souvent d'hésitation, qui tient aux cultures des États dont viennent les juges et, parfois, à leur personnalité, à leur parcours

personnel. Il est clair, par exemple, que, sur les questions délicates, les juges de carrière sont souvent plus prudents que les universitaires, qui peuvent être portés par une réflexion plus novatrice. Des tensions réelles s'expriment parfois lors des délibérations.

Je dirais donc que, non, la puissance de la Cour n'est pas un fantasme et que, oui, elle en est consciente. Respecte-t-elle toujours la retenue qui est nécessaire ? Pas toujours. Mais, à l'inverse, on ne saurait la comparer à un pyromane qui se promènerait une torche à la main dans une meule de foin.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Je veux à présent vous interroger sur les procédures et l'interaction possible avec les parlements nationaux.

Comment fonctionne en pratique la possibilité dont disposent les États de demander la suspension provisoire d'une disposition de la Convention ? Comment les juges de Strasbourg voient-ils les règles de hiérarchie entre les normes ?

Derrière les projets de révision constitutionnelle que l'on voit fleurir à l'approche des élections se profilent des conflits éventuels entre les règles constitutionnelles actuelles ou futures de notre pays et les règles de la CEDH, ce qui peut susciter quelque inquiétude.

Quelle est la marge de manœuvre si l'on souhaite exprimer un avis sur un sujet abordé par la Cour ? Peut-on faire des contributions comme devant le Conseil constitutionnel, même si nous n'utilisons pas, à l'heure actuelle, le mécanisme dit de « porte étroite » ?

J'ai observé avec surprise que, sur un certain nombre d'arrêts rendus sur les questions migratoires, le Défenseur des droits, en tant qu'autorité administrative indépendante, avait rédigé une contribution devant la CEDH exactement opposée à la position défendue par notre gouvernement. Comment cela fonctionne-t-il ?

Y aurait-il, selon vous, du sens, sur des sujets symboliques, dont le nombre ne dépasserait pas un ou deux par an, à rechercher une interaction entre l'opinion du juge et celle de la société ? Pourrait-il être opportun que le Parlement, sous une forme à définir, exprime son point de vue, essentiellement, à l'évidence, sur les conséquences sur l'action publique ?

Pourriez-vous en d'autres termes nous éclairer sur le fonctionnement des procédures devant la Cour et les marges de manœuvre offertes ?

M. André Potocki. – Le principe est assez simple : toute personne peut saisir le président de la Cour d'une demande afin d'exprimer son point de vue. De nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) le font. Beaucoup d'institutions publiques ou quasi publiques le font également. Le président examine la compétence de ceux qui demandent à être entendus au

regard du sujet qui est en débat et veille à ne pas laisser se créer un déséquilibre en faveur d'une partie ou d'une autre par une accumulation d'intervenants. Cependant, il accueille assez largement de telles demandes.

Bien entendu, le gouvernement défendeur s'exprime devant la Cour. Reste à savoir - mais cela ne me regarde pas - comment serait arbitrée une position divergente du Parlement.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - Avez-vous des exemples d'interventions de parlements ?

M. André Potocki. - Je n'en ai pas souvenir, mais je peux faire la recherche.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - Qu'en est-il de la possibilité pour un État de demander la suspension de l'application de dispositions de la Convention, en invoquant des circonstances exceptionnelles ?

M. André Potocki. - Il faut distinguer deux choses : l'article 15 de la Convention, qui vise les dérogations en cas d'état d'urgence, et une décision précise qui serait considérée par le gouvernement défendeur comme contraire à ses intérêts ou créant des difficultés.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - Nous sommes intéressés par les deux sujets, puisque l'article 15 est préventif.

M. André Potocki. - L'article 15 va plus loin : il permet de se retirer des obligations internationales découlant de la ratification de la Convention. Il permet en quelque sorte de se mettre sur le côté, sauf pour certains droits - on ne peut pas, par exemple, toucher au principe de légalité.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - À condition de justifier d'une situation d'urgence et pour une durée limitée que la Cour serait amenée à apprécier....

M. André Potocki. - Absolument, mais elle considère là que l'on est sur un terrain qui relève véritablement des autorités politiques

Si une décision pose un vrai problème à un État, c'est la demande de réexamen par la grande chambre qui s'applique, car un arrêt de la Cour ne devient exécutoire qu'une fois passé le délai de réexamen par la grande chambre.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. - Cette faculté d'examen est-elle exercée dans les faits ?

M. André Potocki. - Oui. Il est fréquent qu'elle soit demandée.

Cependant, contrairement au système français, où le recours est de droit, c'est un panel de cinq juges qui examine s'il y a lieu ou non de faire droit à cette demande de réexamen. Lorsqu'il y a une raison sérieuse de le faire, cette demande est satisfaite.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – La question de l’articulation des normes entre la CEDH et la Constitution est-elle réglée aujourd’hui ? Que se passerait-il si une disposition constitutionnelle allait à l’encontre d’un élément de la jurisprudence de la Cour ? Qui aurait le dernier mot ?

M. André Potocki. – Les termes de ce débat, qui ressort souvent dans des joutes politiques, semblent relativement mal compris.

Les engagements internationaux d’un pays, notamment ceux que nous avons souscrits avec la ratification de la Convention européenne des droits de l’homme, ne dépendent pas des catégories juridiques nationales. Cette règle est extrêmement forte. De fait, si tel n’était pas le cas, il en résulterait une complexité absolument terrible : une règle s’appliquerait ou non à l’égard d’un État selon que le texte concerné, dans l’ordre juridique de cet État, est une loi ou la Constitution. Cela créerait donc une inégalité dans l’application de cette norme. Par ailleurs, cela créerait une très forte incitation à constitutionnaliser des règles auxquelles un État tient pour les faire échapper à l’engagement international pris par le pays.

Cela étant, cette question fait l’objet d’un important débat au sein de la Cour, qui est bien consciente de cette difficulté. À l’occasion de l’arrêt *Hirst c/ Royaume-Uni*, les juges ont ainsi estimé qu’il était fondamental de noter que, dans au moins quatre des États où les détenus n’ont pas le droit de voter – Russie, Arménie, Hongrie, Géorgie –, la privation de ce droit découlait d’une Constitution récemment adoptée.

Peu après cette décision, deux détenus russes ont saisi la CEDH sur ce point. La Russie a immédiatement soulevé une exception d’incompétence en faisant valoir que cette mesure découlait de sa norme fondamentale. Or la Cour a écarté ce motif en estimant, d’une part, qu’il n’existait pas d’exception particulière prévue à l’article 1^{er} de la Convention, laquelle pose le principe de la soumission des États parties à la Convention et, d’autre part, qu’il ne lui revenait pas de contrôler les normes, puisque son rôle consistait à effectuer un contrôle strictement *in concreto*. Aussi, les juges ont-ils considéré que tout citoyen a le droit de voter, sauf circonstances exceptionnelles à justifier. Dans cette affaire, la CEDH aurait également pu se référer à la Convention de Vienne sur l’interprétation des traités, dont l’article 27 dispose qu’« une partie ne peut invoquer des dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d’un traité ».

Vous l’aurez compris, je me garderai bien de donner une réponse explicite à votre question : il me paraît qu’elle transparaît assez nettement de ces explications.

M. Jean-Yves Leconte. – En définitive, la tension entre normes constitutionnelles et décisions de la CEDH n’est-elle pas plus sensible dans les pays qui appliquent réellement ces décisions ?

M. André Potocki. – En effet, la question se pose surtout lorsque les décisions de la Cour portent sur des sujets sensibles. Prenons le cas de la Russie : en réalité, cet État exécute un certain nombre de décisions de la CEDH, mais il y a des sujets auxquels on ne veut pas toucher. Du reste, votre question appelle une réponse logique : il est assez normal que les débats soient moins vifs dans les pays qui portent le moins d'attention et de prix à la Convention.

Quoi qu'il en soit, la Cour sait qu'il y a un problème. Dans un arrêt récent *Ebrahimian c/ France*, la CEDH s'est ainsi appuyée sur le fait que le Conseil constitutionnel avait indiqué que le principe de laïcité figurait au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit. Elle a par ailleurs souligné qu'elle avait déjà approuvé une mise en œuvre stricte des principes de laïcité et de neutralité lorsqu'il s'agit d'un principe fondateur de l'État, ce qui est le cas de la France. On comprend bien que la Cour n'est pas si loin de prendre en considération la densité normative d'une règle interne en cause dans le cadre d'une affaire pour rendre sa décision.

M. Jean-Yves Leconte. – Assiste-t-on à une forme d'autocensure de la part de la CEDH selon les États concernés par ses décisions ?

M. André Potocki. – La Cour intègre bien évidemment le critère d'acceptabilité d'une règle, notamment au regard de sa place dans l'ordre juridique interne d'un pays, dans sa prise de décision. Dans l'affaire du voile intégral, par exemple, la CEDH était bien consciente que le Parlement français avait voté une disposition à une très large majorité.

La Cour n'est ni sourde ni aveugle. Pour autant, lorsqu'une violation est clairement établie, elle la constate et en fait part.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Il est intéressant de vous entendre dire qu'un certain nombre de décisions de la CEDH sont appliquées par la Russie, qui, quoi que l'on en pense, est un État de droit, même s'il est différent du nôtre. Il serait également intéressant de savoir comment ces décisions sont exécutées.

Les juges ont-ils conscience que leurs décisions peuvent avoir pour effet la création de normes qui peuvent parfois aller à l'encontre d'une décision démocratique ? Autrement dit, comment faire en sorte qu'aucun pouvoir ne vienne empiéter sur un autre ?

M. André Potocki. – L'exécution des arrêts de la Cour, c'est-à-dire leur traduction dans la réalité de l'ordre juridique de l'État qui a été « condamné », ne relève pas de la Cour elle-même, mais d'un organe politique, le comité des ministres, qui laisse une grande marge d'appréciation à l'État concerné.

Autre élément de réponse, la Cour a bien conscience qu'elle peut rendre un arrêt qui, même s'il ne vise qu'une situation donnée, pose en réalité un problème normatif, voire législatif à l'intérieur d'un pays. Lorsque

la Cour a jugé que l'absence d'assistance d'un avocat durant la garde à vue posait problème, elle savait bien que sa décision aurait des conséquences normatives, car elle portait sur le régime de la garde à vue proprement dit. Assez souvent, la Cour parvient à débloquer des situations qui étaient sur le point d'évoluer. Ce fut le cas en France au sujet de la présence de l'avocat lors des gardes à vue.

**Audition de M. Didier-Roland Tabuteau,
vice-président du Conseil d'État**

(Mardi 8 février 2022)

- Présidence de Mme Agnès Canayer, vice-présidente -

Mme Agnès Canayer, présidente. - Nous recevons à présent M. Didier Tabuteau, vice-président du Conseil d'État, M. Christophe Chantepy, président de la section du contentieux, et M. Thierry-Xavier Girardot, secrétaire général.

Notre mission d'information s'intéresse à la place grandissante prise par les juridictions nationales et européennes dans la production de la norme et la prise de décision publique, et à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie. Nous réfléchissons aux nouveaux mécanismes de dialogue et de régulation, qui pourraient éventuellement être mis en place pour surmonter les tensions et les incompréhensions qui sont parfois apparues entre le juge et le politique.

Il est donc essentiel pour nous de connaître votre analyse sur ces différents sujets, à la fois en tant que représentants de la haute juridiction administrative, mais aussi à la lumière des différentes responsabilités que vous avez exercées les uns et les autres dans les ministères.

M. Didier-Roland Tabuteau, vice-président du Conseil d'État. - Je suis honoré que vous m'ayez invité à venir parler de la judiciarisation de la vie publique, sujet auquel le Conseil d'État accorde une importance toute particulière.

Le Conseil d'État accorde également beaucoup d'importance aux relations qu'il entretient avec le Parlement, ce qui n'est pas sans lien avec la question qui vous occupe. Vous le savez, mon prédécesseur, Bruno Lasserre, avait souhaité favoriser les rencontres entre les parlementaires et les membres du Conseil d'État. Le dialogue est la clé pour se comprendre et travailler en pleine confiance.

Je n'envisagerai dans mon propos liminaire que le rôle du juge administratif dans notre société - vous comprendrez qu'il ne m'est pas

possible de me prononcer aujourd'hui sur la place et le rôle des juges constitutionnel et judiciaire.

L'essor du contrôle juridictionnel opéré par le juge administratif me semble être, avant toute chose, le signe très positif d'un approfondissement de notre État de droit. Le propre et la grandeur d'un État de droit, c'est d'avoir un système dans lequel les pouvoirs publics, quels qu'ils soient, se soumettent au droit. Cette obligation ne doit pas être perçue, loin s'en faut, comme un ensemble de contraintes inutiles, mais comme le cadre qui exprime, à un moment donné, les termes de notre contrat social, et dans lequel doit naturellement s'insérer l'action publique.

Il n'est peut-être pas inutile, à ce stade, de rappeler que ce cadre est toujours, du moins depuis que la France s'est constituée en République démocratique, le fruit de la volonté générale exprimée par les autorités démocratiquement élues : le constituant, que ce soit lorsqu'est utilisé l'outil référendaire ou le Congrès ; le législateur qui vote les lois et ratifie les traités par lesquels il décide de se lier dans l'intérêt de notre pays ; enfin, bien entendu, le pouvoir réglementaire qui exécute les lois et dispose en vertu de la Constitution d'un très large pouvoir autonome.

Le rôle du juge dans ce contexte semble être de garantir l'effectivité de ce cadre juridique, lequel a besoin d'un tiers indépendant et impartial qui contrôle le respect par les pouvoirs publics des normes auxquelles ils sont soumis et auxquelles ils se sont soumis. Cela ne signifie pas pour autant que le juge ne fait que fixer des limites ou que son rôle serait d'ériger des obstacles sur la route des réformes. Il est au contraire là pour permettre aux pouvoirs publics d'appliquer pleinement et efficacement les politiques publiques en s'assurant qu'elles sont conformes au droit.

C'est dans cette perspective que le juge administratif s'est historiquement construit et qu'il a progressivement acquis sa légitimité. Sa mission première, je dirais même sa raison d'être depuis toujours, est de garantir que l'administration agit conformément à la loi. Il est en ce sens un serviteur de la loi, et c'est ainsi en tout cas qu'il se perçoit et conçoit son office.

Il serait bien sûr fastidieux de revenir sur l'histoire de la jurisprudence administrative et je me bornerai à schématiser les voies qu'elle a empruntées pour affermir peu à peu le contrôle que le juge exerce à cette fin.

On a tout d'abord assisté à un élargissement des actes susceptibles d'être soumis à son contrôle, l'idée étant que l'administration ne doit pas disposer de franchises lui permettant d'agir arbitrairement au détriment des droits des citoyens. C'est le sens de la contraction continue de la catégorie des mesures d'ordre intérieur et, plus récemment, d'un contrôle des actes de droit souple, compte tenu de l'importance prise par cette forme de droit dans l'action publique.

On peut observer par ailleurs un approfondissement du contrôle juridictionnel des actes administratifs. Les moyens invocables par les justiciables leur permettent de soumettre au contrôle du juge l'ensemble des aspects de la légalité des actes administratifs. Le contrôle de l'erreur d'appréciation, qui a pour corollaire en contentieux de la responsabilité le régime de la faute simple, s'est très largement généralisé.

Ce mouvement général a constitué ce que Jean Romieu avait pu appeler en son temps le « miracle » de la soumission de l'administration à la loi. Ce miracle est aujourd'hui devenu un standard partagé par l'ensemble des grandes démocraties, et je crois que nous ne pouvons que nous en réjouir.

Cela étant, la notion de légalité a assurément revêtu une dimension nouvelle à compter du moment où elle n'a plus seulement compris la loi au sens strict, au sens formel du terme, mais également le bloc de constitutionnalité, ainsi que le droit international, en particulier celui qui est issu de l'Union européenne et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'incorporation du droit européen dans notre ordre interne découle avant tout des articles 55 et 88-1 de la Constitution, c'est-à-dire de la volonté du constituant. S'agissant plus spécifiquement du droit de l'Union, il apparaît que telle qu'elle a été pensée, l'Union européenne ne peut exister ni fonctionner sans que les États membres ne s'engagent à respecter les traités et le droit dérivé, à l'élaboration desquels ils contribuent très directement à travers le Conseil de l'Union.

Le juge administratif est, dans ce cadre, le garant tout à la fois de cette incorporation et de la bonne articulation du droit international avec le droit interne. Il exerce logiquement un contrôle de compatibilité des règlements et de la loi avec les normes internationales que la France s'est engagée à respecter.

Dans l'ensemble, le développement du contrôle juridictionnel a puissamment contribué à celui de l'État de droit, dans lequel le juge est là, non pas pour se prononcer sur les choix politiques des pouvoirs publics démocratiquement investis, mais pour s'assurer qu'ils agissent conformément au droit pour la mise en œuvre de leur action.

Le droit est un élément fondamental de la confiance que nos concitoyens accordent aux institutions, aux pouvoirs publics, à l'administration, bref à tous ceux qui incarnent l'intérêt général. Le juge est ainsi essentiel pour nourrir cette confiance qui est le ciment de notre vie en collectivité. Dans cette perspective, je souscris tout à fait à ce que disait à cet égard Robert Badinter : « il y a tout à craindre d'un gouvernement des juges, mais il y a beaucoup plus à craindre d'un gouvernement sans juge. »

J'en viens maintenant à l'office du juge administratif.

Premier point, le juge administratif n'a pas seulement bâti sa légitimité en soumettant l'administration au droit ; il l'a également fait en se fixant comme ligne rouge de ne jamais se substituer à l'autorité politique dans l'exercice de ses missions ; il l'a fait encore en faisant la preuve, décision après décision, de sa capacité à concilier les intérêts particuliers et l'intérêt général. Il a d'ailleurs souvent été critiqué par ceux qui estiment qu'il accorde trop de place aux intérêts publics et à la nécessité de protéger l'efficacité de l'action administrative.

Mais c'est là toute la spécificité de son office et ce qui justifie depuis plus de deux siècles l'existence en France d'un ordre de juridiction spécialisé, dont l'indépendance a été pleinement reconnue par la loi du 24 mai 1872. Cet ordre de juridiction s'est épanoui à proximité de l'administration, que ses membres connaissent intimement grâce à leur formation, aux mobilités qu'ils y effectuent au cours de leur carrière, et aussi, je tiens à le souligner, grâce à l'articulation des fonctions consultatives et des fonctions contentieuses au sein du Conseil d'État.

Cette attention portée aux réalités de l'action publique, aux contraintes, aux enjeux auxquels font face les responsables publics, est d'ailleurs au cœur de la culture de la juridiction administrative et a vocation à le rester. Elle est omniprésente dans la jurisprudence du Conseil d'État. Je pense par exemple au traitement juridictionnel des vices de forme et de procédure qui n'entraînent l'annulation d'un acte que s'ils sont susceptibles d'avoir exercé une influence sur son sens. Je pense à la jurisprudence *Danthony* de 2011 ou à la jurisprudence *Association AC !*, qui permet de différer les effets d'une annulation rétroactive lorsque celle-ci entraîne des conséquences manifestement excessives pour l'intérêt général.

Est également parlante la manière dont le juge administratif a tenu compte des impératifs de l'ordre public et de l'ordre public sanitaire pendant les états d'urgence, qu'il s'agisse de l'état d'urgence antiterroriste ou de l'état d'urgence sanitaire. Il serait possible de citer beaucoup d'autres exemples.

Deuxième élément de réflexion, le juge administratif a toujours été conscient de la déférence qu'il doit à la loi.

Je veux évoquer la mission consultative du Conseil d'État : lorsqu'elles conseillent le Gouvernement, et le cas échéant le Parlement, les sections et l'assemblée générale sont particulièrement soucieuses de faire respecter l'article 34 de la Constitution et de protéger le domaine de la loi. De la même manière, elles veillent très scrupuleusement à ce que le Gouvernement, lorsqu'il légifère par le biais des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, ne méconnaisse pas le champ de la loi d'habilitation. Séance après séance, la préservation du domaine du Parlement est, en d'autres termes, une préoccupation constante du Conseil d'État.

Cette déférence détermine, par ailleurs, les méthodes d'interprétation du juge dont la règle d'or est toujours de donner, autant que

faire se peut, sa pleine portée à la volonté du législateur. Lorsque le texte est clair, comme le disait en son temps le président Raymond Odent, le juge « ne se livre à aucune fantaisie interprétative » ; lorsqu'il l'est moins, il fait tout pour déceler ce qu'a voulu dire son auteur, c'est-à-dire le législateur. Une jurisprudence constante prévoit que dans un tel cas, c'est dans les travaux parlementaires, les exposés des motifs, les rapports, les débats en séance que doit se plonger le juge pour y déceler, identifier et analyser l'intention du législateur. L'obscurité d'un texte n'est ainsi naturellement pas une autorisation à l'interpréter librement, mais une invitation à tout faire pour déterminer le sens qu'ont voulu lui donner ses auteurs.

C'est au cœur de l'éthique du juge administratif, dont l'idée directrice est qu'il doit être le ministre fidèle de la loi et qu'il ne saurait en méconnaître la lettre au nom de considérations d'équité.

L'arrêt du Conseil d'État, *Commune de Grande-Synthe* (Nord), qui a fait l'objet de nombreux commentaires, certains reprochant au Conseil d'État d'en avoir trop fait, d'autres pas assez, doit être lu à cette aune. La France a souscrit aux objectifs de l'accord de Paris dont le Parlement a autorisé la ratification. Elle a contribué à la rédaction des règlements européens qui ont transcrit ces objectifs dans des règles impératives ; le Parlement a ensuite traduit cet objectif dans la loi du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, qui a complété l'article L. 100-4 du code de l'énergie en indiquant expressément, selon les termes du rapporteur du projet de loi pour le Sénat et auteur de l'amendement dont sont issues ces dispositions, qu'il souhaitait « sécuriser la notion de neutralité carbone, afin de mettre concrètement en œuvre en droit interne l'accord de Paris ».

Dans son arrêt *Commune de Grande-Synthe*, le Conseil d'État a veillé à interpréter strictement la loi, dans le respect de l'intention de ses auteurs. Sa décision est en cela très classique : elle ne repose pas, comme ce fut le cas aux Pays-Bas ou en Allemagne, sur les droits fondamentaux exprimés dans des dispositions très générales comme le droit à la vie.

Lorsque la compatibilité d'une loi avec une norme internationale est questionnée devant lui, la tâche du juge est de rechercher les moyens de les concilier sans trahir la volonté du législateur, dont on présume qu'il n'a pas voulu méconnaître les engagements internationaux de la France. En d'autres termes, le juge essaie toujours de ne pas écarter l'application de la loi, et je peux vous assurer que lorsqu'il le fait, c'est-à-dire rarement, c'est toujours parce qu'il n'existe pas d'autres solutions.

Ma troisième remarque concerne le rôle que joue le juge dans les relations entre les ordres juridiques interne et européen, question également très sensible. Le juge administratif est tout à la fois le garant de la Constitution et de l'ordre juridique interne qui en découle, et le juge de droit commun des droits de l'Union et de la Convention européenne des droits de

l'homme. Ce double office est l'expression de la spécificité de la construction européenne, ainsi que du système moniste qu'a choisi la France en 1958.

Cela étant, le Conseil d'État, comme la Cour de cassation d'ailleurs, a toujours considéré que sa norme suprême était évidemment la Constitution. Il l'a très explicitement affirmé dans son arrêt *Sarran et Levacher* de 1998, et n'a jamais varié à ce sujet. Si lorsque c'est absolument nécessaire, il s'autorise à écarter l'application d'une loi, il ne fait jamais primer aucune norme internationale sur nos règles constitutionnelles. C'est le sens des décisions *French data network et autres* d'avril 2021 et *Bouillon* de décembre 2021, qui précisent que le juge ne doit pas appliquer le droit européen lorsque cela reviendrait à priver d'effectivité une exigence constitutionnelle. Il s'agit toutefois d'une contre-limite ultime qu'il ne convient d'activer que lorsqu'aucune conciliation n'est plus possible entre les ordres interne et européen, car si le droit de l'Union ne peut pas tout, il est tout aussi certain que le violer ouvertement ou l'appliquer seulement à la carte ne serait pas non plus une option raisonnable, d'autant que des moyens politiques sont à la disposition de la France si elle ne souhaite pas se lier par tel ou tel texte.

Il est à cet égard frappant d'observer que dans les deux affaires que je viens de citer, qui portaient respectivement sur la conservation des données de connexion et le temps de travail des militaires, les ferments de la discorde se trouvaient dans des textes, dont les termes validés en leur temps par les autorités ne paraissaient plus correspondre aux nécessités mises en avant par les pouvoirs publics. En d'autres termes, le meilleur moyen d'éviter les frictions et *a fortiori* des condamnations de la Cour de justice de l'Union européenne, est bien de prendre en compte les conséquences des textes européens, évidemment à l'occasion de leurs négociations, et de les renégocier s'ils ont perdu de leur pertinence.

Le quatrième et dernier point que je souhaite aborder a trait aux référés. Les procédures issues de la loi du 30 juin 2000 constituent une avancée fondamentale pour l'État de droit et la défense des droits et libertés de nos concitoyens. On doit reconnaître à quel point, pendant la crise sanitaire, le fait qu'un juge indépendant et impartial ait été là, à l'écoute des citoyens, pour répondre en urgence à leurs craintes et à leurs frustrations, souvent très légitimes, a permis d'apaiser les tensions et de favoriser, me semble-t-il, l'acceptation de la gestion de la crise. Il paraît aujourd'hui impensable qu'une démocratie mature ne dispose pas de référés administratifs ouvrant une voie de recours effective et rapide contre les atteintes les plus graves aux libertés fondamentales.

Pour autant, le Conseil d'État retient là encore une conception rigoureuse de son office de juge des référés, qui correspond à l'esprit de la loi qui lui a confié ses pouvoirs. Il se montre ainsi très exigeant sur la condition d'urgence requise en référé-suspension, et même d'urgence évidemment renforcée en matière de référé-liberté. Je note par ailleurs qu'il

ne tient pas seulement compte de l'urgence qu'il peut y avoir à suspendre une décision, mais aussi de l'urgence qu'il peut y avoir à l'exécuter dans l'intérêt général. Ce critère de l'urgence explique aussi que le juge du référé-liberté ne s'autorise qu'à prononcer des injonctions qui permettent de résoudre à très bref délai les problèmes auxquels il est confronté. Il refuse ainsi constamment d'ordonner en référé des mesures d'ordre structurel, comme des travaux lourds dans une prison.

Le juge des référés estime n'avoir ni les moyens ni la légitimité pour définir des mesures qui, parce qu'elles supposent d'arbitrer entre des priorités, et qu'elles procèdent nécessairement de choix de politiques publiques qui engagent d'autres acteurs et d'autres enjeux que la situation individuelle et ponctuelle dont, par définition, il est saisi, appellent des délibérations organisées dans des instances démocratiques et dotées par les lois et règlements des compétences nécessaires. Tel n'est pas l'office du juge.

Le juge du référé-liberté tient par ailleurs toujours compte des moyens dont dispose effectivement l'administration au moment où il statue. Il est un juge réaliste, un juge des solutions ; il prend garde à ne pas ignorer les situations concrètes qu'il a à connaître et qui lui sont présentées par les parties. Cette prise en compte des moyens dont dispose l'administration a été constante pendant la crise sanitaire, dont la gestion, dans les premiers temps, s'est apparentée dans certains cas à une gestion de la pénurie. Je termine en rappelant que le juge des référés, parce qu'il statue en principe seul et dans l'urgence, ne s'autorise jamais à modifier la jurisprudence.

En résumé, la réflexion sur la place qu'il occupe dans les institutions, l'attention qu'il accorde au bon fonctionnement de la séparation des pouvoirs, le souci de ne pas empiéter sur les domaines de compétence des pouvoirs législatif et exécutif sont des préoccupations constantes du juge administratif. Elles sont ancrées dans son éthique, sa déontologie, et ne sont nullement liées à l'augmentation du contentieux à laquelle la juridiction administrative doit faire face depuis maintenant plusieurs décennies.

Nul n'ignore en effet que la demande de justice n'a jamais été aussi forte. Pour ne citer qu'un chiffre, le nombre de recours enregistrés devant les tribunaux administratifs est passé de 181 000 en 2013 à 241 000 en 2021. Il est probable que les réformes issues de la loi du 30 juin 2000 ou de la révision constitutionnelle de 2008 en instituant des procédures de référé administratif et, bien, sûr la question prioritaire de constitutionnalité ont contribué à cette évolution contentieuse, mais ce serait une erreur de penser qu'elle est proportionnelle à l'extension des pouvoirs du juge, car tout tend à démontrer que, même à droit constant, les justiciables se tournent de plus en plus vers la justice.

C'est pour nous un enjeu majeur de comprendre les ressorts de ce besoin exprimé par nos concitoyens et de l'anticiper, car il nous met au défi d'y répondre dans des délais raisonnables, sans remettre en cause ni la

qualité juridique de nos décisions ni nos valeurs et les principes que je viens de mentionner devant vous. Ces principes ne sont pas et ne seront jamais des variables d'ajustement : ils fondent les pouvoirs dont dispose aujourd'hui le juge administratif, qui ne saurait s'en écarter sans fragiliser sa légitimité.

- Présidence de Mme Cécile Cukierman, présidente -

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Merci beaucoup pour ce propos liminaire très complet. Je vous prie de m'excuser pour mon absence au début de cette réunion, due à une intervention en séance.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Je vous remercie pour cette synthèse tout à fait remarquable et documentée.

Se dégagent de nos premières auditions des points de convergence autour de deux positions assez tranchées sur lesquelles j'aimerais que vous nous donniez votre sentiment.

D'une part, l'époque où notre pays était légicentré serait révolue. Autrement dit, la loi ne serait plus au sommet de la hiérarchie des normes et nous serions entrés dans un système dit « d'État de droit ».

D'autre part, la séparation des pouvoirs ne serait plus qu'une fiction : entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif en premier lieu, du fait de l'hyper-présidentialisation de notre régime politique ; entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire en second lieu, même si vous avez pris soin de nous livrer un certain nombre d'explications.

Que pensez-vous de ces affirmations ?

M. Didier-Roland Tabuteau. – Je suis d'accord avec votre constat : la loi n'est plus au sommet de l'édifice normatif. Cela étant, si notre hiérarchie juridique s'est établie progressivement, cela résulte directement, me semble-t-il, de la Constitution de 1958 et du système qu'elle a mis en place.

En revanche, je ne partage pas votre analyse au sujet de la séparation des pouvoirs. Il me semble que chaque pouvoir exerce ses compétences, telles qu'elles sont définies par la Constitution ; du reste, les juridictions contribuent à garantir cette séparation à travers le respect du partage entre la loi et le règlement et entre les différentes institutions. Mon diagnostic sera donc moins sombre que celui qui semble ressortir de vos auditions.

M. Christophe Chantepy, président de la section du contentieux du Conseil d'État. – La vision selon laquelle la France est un État légicentré ne résulte pas de la conception que s'en faisait le juge administratif ou le juge judiciaire, mais de la fameuse théorie dite de la « loi-écran », c'est-à-dire qu'aucun juge ne pouvait écarter la loi en se prévalant de normes supérieures. Autrement dit, il y avait bien une Constitution, qui était au-dessus de la loi dans la hiérarchie normative, mais aucun juge ne vérifiait,

dans le cadre de son office, si la loi méconnaissait telle ou telle disposition constitutionnelle. Il en allait de même pour les traités.

Dès lors que la Constitution de la V^e République comporte un article 55, qui place les traités dûment ratifiés au-dessus de la loi dans la hiérarchie des normes, et qu'il existe un Conseil constitutionnel chargé par le constituant de contrôler la constitutionnalité de la loi, cette théorie de la loi-écran, ou, plus exactement, cet écran s'est peu à peu estompé.

Doit-on le déplorer ? Du point de vue de l'effectivité du contrôle de la légalité de l'action de l'administration, il est parfaitement normal, dès lors qu'il existe une hiérarchie des normes, que nous soyons amenés, nous, le Conseil d'État, mais aussi le Conseil constitutionnel, à contrôler si une norme inférieure ne vient pas entrer en contradiction avec une norme supérieure.

En tout cas, je le répète, l'abandon de la « loi-écran » ne découle pas d'un choix du juge administratif ; c'est le produit d'une histoire constitutionnelle et de l'évolution des normes internationales, européennes notamment.

S'agissant de la question de la séparation des pouvoirs, le juge administratif se garde bien de passer de l'autre côté du miroir et de mélanger les genres. Le juge administratif n'est pas un administrateur : il est investi de la seule mission de contrôler la légalité de l'action de l'administration.

Je prendrai un exemple récent : au tout début de la pandémie, on a saisi le juge des référés du Conseil d'État, afin qu'il adresse une injonction à l'administration pour mettre sous contrôle public temporaire un certain nombre d'entreprises considérées comme essentielles à la vie du pays. Celui-ci a évidemment répondu aux requérants que le rôle du juge administratif n'était aucunement de faire ce type d'injonction à l'administration.

Je précise que le juge des référés, avant de prendre sa décision et d'envoyer une éventuelle injonction à l'administration, vérifie toujours ce que celle-ci a déjà fait pour atteindre les objectifs que le requérant lui demande de l'aider à atteindre, et les moyens dont elle dispose, si bien que, depuis que les procédures en référé existent, nous n'avons jamais été amenés à adresser des injonctions à l'administration qu'il lui serait impossible de respecter. Cela n'aurait aucun sens que le juge administratif aille au-delà de son rôle, qui est non seulement de faire respecter la légalité, mais aussi de rendre des décisions juridictionnelles efficaces et utiles, c'est-à-dire opérationnelles. Or enjoindre l'administration de faire l'impossible n'entre pas dans ce cadre.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Monsieur le vice-président, vous vous en doutez, notre objectif n'est absolument pas de poser un diagnostic sombre de la situation, mais d'essayer de faire des propositions pour améliorer l'État de droit.

Dans son rapport sur l'avenir de la Cour de cassation, la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 » a reconnu qu'en produisant des normes juridiques, le juge jouait un certain rôle politique.

D'une certaine manière, ne serait-il pas plus simple et plus sain que le juge admette que, dans le cadre de son action, qui consiste à créer des normes, il exerce une forme d'action politique ? S'il l'admettait, il serait plus simple de fixer des limites à l'exercice et de définir la manière dont il doit s'autolimiter, en tenant compte de l'intégrité intellectuelle dont il doit faire preuve au quotidien. Partagez-vous ce point de vue ?

Sur la question de la lutte contre le changement climatique, comme vous l'avez indiqué, la Cour des Pays-Bas et la Cour de Karlsruhe ont adopté une position plus audacieuse, si je puis m'exprimer ainsi, que le Conseil d'État. À l'inverse, certains juges aux États-Unis ont considéré que le rôle du juge devait rester plus limité et que c'est à l'exécutif et au législatif de définir une politique qui repose sur l'appréciation d'un bilan coût-bénéfices.

Pour ce qui est de la France, je citerai moi aussi l'arrêt du Conseil d'État, *Commune de Grande-Synthe*, qui a beaucoup fait parler. L'exécutif a pu avoir le sentiment qu'on lui imposait le tempo de ses réformes, surtout que le texte législatif auquel le Conseil faisait référence était une loi de programmation. Se posait donc aussi la question de la valeur normative que l'on tire de ce type spécifique de loi.

Pour terminer, j'aimerais évoquer la faisabilité de l'action publique à l'issue des contrôles juridictionnels en matière d'immigration. Au risque d'être un peu caricatural, notre pays dépense 2 milliards d'euros pour garantir la conformité de son action juridique, mais ne dispose pas des moyens de protéger ses frontières.

Se pose dès lors la question de l'efficacité de notre action publique. Ne considérez-vous pas que la préservation de la norme et, donc, la capacité de notre système à produire des normes nuisent à notre capacité d'agir efficacement ? Ne pensez-vous pas que le citoyen peut se poser légitimement cette question ? À travers cette interrogation, c'est évidemment la question de l'affaiblissement du rôle du Parlement que je soulève.

Quelles solutions préconisez-vous pour améliorer la situation et parvenir à un meilleur dialogue entre le Parlement et les juges, entre la société civile et les juges, dans le respect, bien entendu, de l'indépendance des juges ?

M. Didier-Roland Tabuteau. – Quand vous parlez de « rôle politique du juge », encore faut-il s'entendre sur le sens de l'adjectif « politique ».

Lorsque le juge règle une question qui n'est pas encore tranchée, il procède à une construction, une « création » jurisprudentielle qui devient une règle de fonctionnement de la vie en société. Je ne le nie pas. Mais, ce

faisant, il essaye d'interpréter les normes applicables de la façon la plus rigoureuse possible, en respectant l'intention de leurs auteurs.

Étymologiquement, il joue sans aucun doute un rôle « politique ». En revanche, j'ai davantage de réticences à qualifier ainsi le rôle du juge dans le sens plus courant du terme.

Dans l'arrêt *Commune de Grande-Synthe*, le juge ne s'est pas appuyé seulement sur l'accord de Paris, mais aussi sur des dispositions législatives et réglementaires très précises. Le juge français est donc allé moins loin que certains de ses homologues européens dans la création jurisprudentielle, me semble-t-il.

Sur la question du droit des étrangers, le juge s'efforce également d'appliquer les règles en vigueur, en interprétant le plus fidèlement possible la volonté de leurs auteurs. S'il allait au-delà, pour des raisons de « politique générale », il sortirait de son office. Conformément au principe de séparation des pouvoirs, ce n'est pas au juge de modifier la règle, mais d'appliquer les textes tels qu'ils sont rédigés.

M. Christophe Chantepy. – Le juge, en interprétant la norme applicable, la rend bien souvent plus claire.

Lorsqu'une décision individuelle ou réglementaire de l'exécutif est contestée devant le juge administratif, c'est généralement qu'il existe une divergence d'interprétation de la norme supérieure, par exemple la loi, entre l'administration et le requérant.

En toute indépendance, nous procédons à l'analyse de la norme applicable, en nous rapportant aux débats parlementaires ou aux travaux préparatoires si jamais celle-ci comporte quelques points obscurs.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Sur l'assurance chômage, les règles étaient claires, me semble-t-il...

M. Christophe Chantepy. – Si vous le voulez bien, je reviendrai par la suite sur cette affaire.

Plus rarement, le juge est amené à procéder à de véritables constructions prétoriennes, généralement pour combler un vide juridique.

Il peut le faire pour assurer une plus grande sécurité juridique. Dans sa jurisprudence *Danthony*, le Conseil d'État a ainsi décidé de neutraliser les effets de certains vices de procédure véniels. Et dans sa jurisprudence *Czabaj*, il a jugé que les situations juridiques acquises ne pouvaient plus être remises en cause au-delà d'un délai d'un an, même si la décision attaquée n'avait pas été impeccablement notifiée.

Il peut aussi le faire pour colmater provisoirement une brèche juridique. En 2021, une société de télécoms estimait que le refus d'autorisation qui lui était opposé, fondé sur l'origine de certains équipements destinés au déploiement de la 5G, portait atteinte à ses intérêts

économiques et était contraire au droit européen. De fait, certaines dispositions de la loi française ne collaient pas avec le droit européen. Mais plutôt que d'écarter la loi française, nous avons choisi d'appliquer dans ce cas le principe de responsabilité pour dommage grave et spécial. Le dispositif législatif a été préservé, tout en reconnaissant aux intéressés un droit à indemnisation.

En 2019, nous avons également relevé une contrariété entre le droit français et la directive Accueil de 2013. Nous n'avons pas prévu d'application différée dans le temps, car nous ne le faisons pas pour la mise en œuvre du droit européen, sauf nécessité impérieuse, mais nous avons construit de façon prétorienne un dispositif permettant à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), dans certaines conditions, de suspendre les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, dans l'attente d'une intervention du législateur, qui a eu lieu depuis.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Cependant, la multiplication de vos décisions ne vient-elle pas nécessairement renforcer le phénomène de création normative par le juge ?

Par ailleurs, une dichotomie n'est-elle pas inévitable entre la confrontation au réel du législateur lorsqu'il fait la loi et celle du juge quand il l'applique ? Il me semble que la décision relative à l'assurance chômage n'est pas sans lien avec cette problématique.

M. Didier-Roland Tabuteau. – Incontestablement, les interventions du juge sont plus fréquentes. L'évolution de la société fait qu'il est saisi plus souvent ; ses interventions sont également plus médiatisées. Par ailleurs, nos concitoyens s'emparent de plus en plus des procédures de référé, notamment depuis la crise sanitaire.

Nous avons donc légitimement la vision d'un juge de plus en plus présent, voire omniprésent. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il ait modifié son office pour intervenir davantage sur le fond. Je ne suis pas convaincu que les créations jurisprudentielles – en d'autres termes, ce que le juge apporte à la loi en cas de vide ou de contradictions – s'accroissent véritablement.

Le juge n'est pas responsable de la judiciarisation, et je ne voudrais pas que ce mouvement soit perçu comme une volonté de s'aventurer sur un terrain qui n'est pas le sien. La juridiction administrative a toujours eu à cœur de rester à sa place. Cela fait partie de son ADN.

M. Alain Richard. – Je souhaiterais que vous approfondissiez l'analyse de la solidité juridique de l'arrêt *Commune de Grande-Synthe*, esquissée tout à l'heure par M. Tabuteau.

Par ailleurs, quel point dur juridique justifiait le report de l'application du décret relatif à l'assurance chômage, en dehors de considérations de proportionnalité ?

M. Christophe Chantepy. – Le juge administratif est amené à contrôler différents éléments de la légalité d'une décision. Certaines illégalités peuvent sauter aux yeux, lorsque la décision est fondée sur des faits inexacts ou que son auteur a commis une erreur de droit grossière.

Mais le juge administratif contrôle également l'appréciation portée par l'administration sur une situation de fait au regard du droit, notamment dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le juge opère quotidiennement ce type de contrôle lors de l'examen des recours en excès de pouvoir. C'est le cas par exemple lorsqu'il censure les dispositions d'un plan local d'urbanisme (PLU) en cas de discordance entre le rapport de présentation et sa partie réglementaire, et personne ne semble le contester.

C'est exactement le même raisonnement s'agissant du décret relatif à l'assurance chômage. L'ordonnance de référé du Conseil d'État du 22 juin 2021 est très longue, et certains points n'ont guère été relevés. Je pense en particulier au point n° 21, qui rappelle que, pour atteindre l'objectif d'intérêt général de stabilité de l'emploi, le pouvoir réglementaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation des moyens qu'il entend mettre en œuvre.

L'objectif affiché par le Gouvernement était toutefois de lutter contre la succession trop rapide de contrats courts et de privilégier le recours aux contrats à durée indéterminée (CDI). À la date choisie pour l'entrée en vigueur de la réforme, le 1^{er} juillet 2020, la situation de l'emploi était encore incertaine, même si les prévisions commençaient à laisser entrevoir une embellie. De plus, les études économiques montraient que le frémissement de l'emploi se ferait surtout dans les secteurs qui avaient le plus recours aux contrats courts, à savoir la restauration, le tourisme ou l'hôtellerie. Dans ces conditions, il apparaissait difficile de justifier la mise en œuvre, dès le 1^{er} juillet, de la réduction des indemnités chômage dans l'objectif de lutter contre la « permittance ».

Trois mois après, lorsque le Gouvernement prenait un nouveau décret pour faire entrer en vigueur cette fois la réforme au 1^{er} octobre, saisi par les mêmes requérants des mêmes moyens, le juge a estimé que, compte tenu de l'amélioration notable de la situation de l'emploi, il n'y avait plus de problème d'adéquation entre l'objectif fixé par le Gouvernement et la mesure qui consistait à moins bien indemniser les chômeurs ayant connu une carrière « hachée » pendant la période de référence.

Dans les deux cas, il s'agit bien d'un raisonnement en droit, fondé sur l'erreur manifeste d'appréciation.

M. Alain Richard. – Je suis tout de même assez préoccupé par la décision rendue par le tribunal administratif de Paris sur la dénommée « affaire du siècle ».

Au nom d'un respect vertueux de la loi, les juridictions administratives ne risquent-elles pas de devenir les gardiens zélés de dispositions législatives programmatiques ? Jusqu'où le juge pourrait-il prendre au mot de telles dispositions, que j'ai pour ma part toujours votées avec une certaine gêne ?

M. Christophe Chantepy. – Je ne veux pas insulter l'avenir jurisprudentiel du Conseil d'État, mais il n'est pas dans nos intentions à court terme de donner une portée normative à des dispositions programmatiques.

En l'espèce, nous avons trouvé bien plus que des dispositions programmatiques. Il n'y avait pas que l'article L. 100-4 du code de l'énergie, qui fixe l'objectif d'une diminution de 40 % des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon de 2030. Il y avait aussi des articles du même code qui renvoyaient au pouvoir réglementaire le soin de définir la trajectoire pour atteindre cet objectif *via* les budgets carbone. Il était difficile pour le Conseil d'État de voir dans ces dispositions une simple déclaration d'intention.

M. Philippe Bas. – Le Conseil d'État mène-t-il une réflexion ces dernières années sur l'utilisation du code pénal à des fins de régulation de l'activité administrative ? Ce code est-il à vos yeux un instrument pertinent pour cela ?

M. Didier-Roland Tabuteau. – L'incidence du droit pénal sur la prise de décision publique constitue indéniablement un sujet de réflexion. En la matière, le Conseil d'État n'est pas producteur de normes ; il ne peut qu'analyser les effets potentiels des normes applicables.

Deux études du Conseil d'État abordent déjà cette question, celle sur la prise en compte du risque dans l'action publique, publiée en 2018, et le rapport sur les états d'urgence, rendu public plus récemment. Mais il faut sans doute poursuivre la réflexion.

M. Thierry-Xavier Girardot, secrétaire général du Conseil d'État. – L'étude de 2018 comportait déjà un certain nombre de recommandations.

Dans son rapport sur les états d'urgence, le Conseil d'État a observé, comme d'autres acteurs, que les comportements des décideurs publics pouvaient être surdéterminés par le souci d'éviter le risque pénal, ce qui pose évidemment problème.

C'est toutefois un sujet difficile à traiter : il ne s'agit pas de créer des immunités pour les décideurs publics, mais de faire en sorte que le cadre juridique ne devienne pas une paralysie pour l'action.

M. Alain Richard. – Ce risque juridique porte notamment sur les cadres dirigeants de l'administration. La protection fonctionnelle joue-t-elle vraiment son rôle aujourd'hui quand un fonctionnaire est poursuivi ?

M. Thierry-Xavier Girardot. – La protection fonctionnelle joue son rôle quand un agent public est poursuivi pour des faits qui ne relèvent pas d'une faute personnelle.

Mais, par définition, quand une action pénale est engagée contre un agent, c'est une condamnation personnelle qui est recherchée. La protection fonctionnelle ne met pas le décideur public à l'abri de poursuites, d'enquêtes et de procès qui sont en effet difficiles à supporter.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Au risque d'être caricatural, je dirais que les grandes figures de la démocratie sont aujourd'hui le Président de la République, le peuple et le juge.

Au regard du nombre de recours qui lui sont adressés, jamais le juge n'a été aussi populaire. Cette situation résulte bien évidemment de l'affaiblissement du pouvoir législatif. Dans la crise sanitaire, en dépit de nos efforts, nous n'avons pas obtenu les garanties que nous souhaitions, et la population s'est tournée naturellement vers le juge pour défendre ses libertés. On pourrait analyser cette tendance comme un élément plutôt positif pour l'État de droit, mais, en réalité, la crise de la démocratie représentative ne profite à personne.

Dans ces conditions, un dialogue plus nourri entre les systèmes judiciaires et le Parlement me semblerait opportun, dans le respect des compétences de chacun. Pourriez-vous nous faire des propositions en ce sens ?

M. Didier-Roland Tabuteau. – Je vous rejoins pleinement sur ce point.

Je ne peux m'engager aujourd'hui sur des propositions précises au nom du Conseil d'État, mais je me porte garant de la volonté de dialogue et d'échange de l'institution. Des auditions comme celle d'aujourd'hui peuvent en constituer le cadre, mais aussi des colloques ou des réunions sur des thèmes donnés.

Certains sujets pourraient également faire l'objet d'une étude du Conseil d'État, qui répondrait ainsi collégialement aux sollicitations du Parlement, du Gouvernement et des différents acteurs institutionnels.

Soyez-en assurés, nous partageons vos préoccupations, car nous souhaitons que chacun reste à sa place. Nous voulons une absolue garantie d'indépendance, d'impartialité et de respect de la fonction du juge, mais pas plus.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie, messieurs, pour ce temps d'échange.

**Audition de M. Bernard Stirn,
président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut**

(Mardi 8 février 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous accueillons pour cette troisième audition M. Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État.

Vous avez effectué l'essentiel de votre carrière au Palais-Royal, où vous avez notamment présidé la section du contentieux de 2006 à 2018, tout en assumant des fonctions d'enseignement, notamment à l'Institut d'études politiques de Paris, où vous dispensez des cours consacrés au droit public et aux libertés et droits fondamentaux.

Notre mission d'information s'intéresse à ce qui lui semble être la place grandissante prise par les juridictions, nationales et européennes, dans la production de la norme et la prise de décision publique, ainsi qu'à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie.

Nous réfléchissons aux nouveaux mécanismes de dialogue et de régulation qui pourraient éventuellement être mis en place pour surmonter les tensions ou les incompréhensions qui ont parfois pu voir le jour entre les juges et les politiques.

Nous sommes intéressés par votre expertise, à la fois en tant qu'ancien magistrat administratif et en tant qu'enseignant ayant consacré une partie de ses réflexions à la question des libertés publiques. Nous nous demandons en effet si le souci de toujours mieux garantir les droits fondamentaux ne peut avoir pour effet, dans certains cas, d'entraver la capacité du politique à agir efficacement au service de l'intérêt général.

M. Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut. – Le dialogue entre les juges et les parlementaires est toujours utile. Nos métiers sont assez parallèles, mais, sauf pour les sénateurs qui ont l'expérience professionnelle du Palais-Royal, la manière dont nous travaillons les uns et les autres n'est pas toujours parfaitement connue.

Les préoccupations de la mission d'information sont incontestablement au cœur d'interrogations importantes qui traversent tant le monde politique que les cours suprêmes. Les enjeux sont importants en termes d'équilibre des pouvoirs, mais aussi de droits fondamentaux et de libertés publiques.

Il s'agit de maintenir un juste équilibre entre les responsabilités des uns et des autres pour continuer à consolider notre État de droit, qui suppose que les autorités politiques exercent pleinement leurs responsabilités et que les juges puissent exercer leur office dans de bonnes conditions d'indépendance et d'efficacité.

Ces préoccupations de juste équilibre se sont renforcées aujourd'hui, car, de manière très progressive, mais bien réelle, la place du droit s'est renforcée dans nos sociétés, et chacun attend davantage du juge.

Notre droit est complexe, parfois proliférant. L'accumulation, l'excès, l'instabilité et la qualité parfois imparfaite des textes normatifs – en dépit des efforts du Sénat – sont un souci pour le Parlement comme pour le Gouvernement.

Cet appareil normatif foisonnant s'inscrit lui-même dorénavant dans un univers plus complexe de mondialisation du droit, spécialement en Europe, où le droit national se mêle au droit international général et au droit européen, qui se divise lui-même en deux branches, droit de l'Union européenne d'une part, droit de la Convention européenne des droits de l'homme d'autre part.

Cet ensemble juridique complexe, parfois difficile à saisir, laisse place à une part d'appréciation plus importante du juge. Parallèlement, on note, dans toutes les démocraties, une augmentation du nombre de litiges, devant tous les juges. L'attente des citoyens est forte, comme si tout problème devait trouver sa solution dans un prétoire.

Les juges sont plus nombreux – de nouvelles juridictions sont apparues, notamment les cours constitutionnelles – et ils ont été dotés par le législateur d'instruments destinés à renforcer l'efficacité de leurs interventions. C'est ainsi la loi qui a conféré au juge administratif un pouvoir d'injonction et d'astreinte, mais aussi qui a créé les procédures de référé. Et l'on attend bien entendu des juges qu'ils fassent usage de ces différents pouvoirs.

Dans ce contexte général, la juridiction administrative occupe une place qui lui est propre. Elle entretient avec le politique des rapports sans doute moins difficiles que le juge pénal, mais elle a désormais l'occasion d'apprécier régulièrement les décisions des autorités locales, du Gouvernement, et même du Parlement.

Cette dernière dimension est très récente. Jusqu'en 1945, la loi était absolument souveraine pour le juge administratif ; elle ne pouvait être soumise à aucun contrôle. Fin 1936, la question était posée une nouvelle fois au Conseil d'État. En novembre 1936, dans l'arrêt *Arrighi*, le Conseil d'État avait jugé que, en l'état actuel du droit public français, il n'était pas possible de contrôler la conformité des lois aux lois constitutionnelles de 1875.

En 1936, alors que Hitler est au pouvoir, on mesure l'importance de cette interrogation dans l'Europe de l'avant-guerre. Il est intéressant de relire les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Roger Latournerie, qui commence par montrer toutes les raisons qui justifieraient que le Conseil d'État s'empare des principes constitutionnels pour vérifier que les lois les respectent, dans un monde où les libertés sont plus gravement en danger

qu'aujourd'hui, avant de constater que l'équilibre du régime parlementaire ne le permettait pas.

On mesure le chemin qui a été parcouru après la guerre, d'abord avec l'introduction des principes généraux du droit par la jurisprudence, qui ne permettait pas d'écarter la loi, mais qui conduisait toutefois à l'interpréter avec beaucoup d'audace. Face à une loi prévoyant qu'une décision ne pourrait faire l'objet d'aucun recours administratif ni judiciaire, le Conseil d'État a jugé en 1950 que cela n'excluait pas le recours pour excès de pouvoir, car le législateur, dans sa grande sagesse, n'avait pu vouloir écarter le principe général du droit au recours pour excès de pouvoir.

Enfin, sont apparus les contrôles destinés à vérifier d'une part la conformité des lois aux traités internationaux, notamment au droit européen, d'autre part leur constitutionnalité, ce dernier contrôle étant réservé au Conseil constitutionnel, même s'il a été étendu aux juridictions judiciaires et administratives depuis l'apparition de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le filtrage des QPC par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation associe pleinement le juge administratif, pour ce qui est du Conseil d'État, et le juge judiciaire, pour ce qui est de la Cour de cassation, à la vérification de la conformité des dispositions législatives aux droits et aux libertés garantis par la Constitution. Les évolutions ont donc été profondes.

Dans ce contexte, la juridiction administrative est désormais critiquée sous deux angles. Certains considèrent que le juge, qui connaît l'administration, qui la conseille, qui a le sens du service public et qui est attaché aux prérogatives de la puissance publique peut se montrer trop indulgent, trop complaisant ou trop attaché au besoin pour l'administration de disposer de fortes prérogatives dans l'intérêt général, critiques que l'on a souvent entendues pendant la crise sanitaire. D'autres, à l'inverse, estiment que le juge tend à aller au-delà du contrôle de légalité en formulant des appréciations d'opportunité, en adressant par le biais du référé des injonctions très contraignantes aux administrations, en prenant position sur des questions de nature plus politique que juridique, qui excèdent donc son office normal.

Ces deux critiques contradictoires sont rassurantes dans la mesure où elles laissent à penser que la position prise par la juridiction administrative est relativement équilibrée. Il faut en effet une juste mesure entre un contrôle effectif de la légalité et le respect des choix qui relèvent des autorités politiques, aussi bien locales que nationales. La boussole de la juridiction administrative consiste à trouver la bonne orientation pour répondre à l'objectif de contrôler pleinement la légalité des actes administratifs, avec exigence, et dans des délais de jugement raccourcis. L'une des évolutions très positives de la juridiction administrative, ces dernières années, est d'avoir réduit très fortement les délais de jugement, malgré l'augmentation du contentieux. Il a fallu pour cela utiliser les

procédures d'urgence et le succès du référé est allé au-delà de ce que l'on pouvait espérer en 2000.

Les périodes difficiles que nous venons de traverser, à savoir l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme, puis l'état d'urgence sanitaire ont démontré la capacité du juge administratif à garantir un équilibre entre l'état d'urgence et l'État de droit, en exerçant rapidement un véritable contrôle en référé. C'est indispensable dans ce type de circonstances. On peut citer en exemple les mesures d'assignation à résidence pendant l'état d'urgence pour lutter contre le terrorisme ou bien les 1 300 référés dont le Conseil d'État a été saisi au titre de la crise sanitaire.

L'autre objectif à tenir est qu'il faut respecter les choix qui relèvent des autorités politiques, le juge n'ayant pas à prendre leur place ni au niveau local ni au niveau national, car il ne lui revient pas de définir les politiques publiques. Leur cadre est tracé par des traités internationaux, par des directives européennes ou par la loi, dans le respect des principes constitutionnels. La jurisprudence a cette exigence de ne pas donner une sorte d'habillage juridique à des choix politiques qui relèvent des élus locaux pour les collectivités territoriales, ou des élus nationaux pour ce qui est du Gouvernement et du Parlement.

Les exemples sont nombreux, parmi lesquels on peut citer la question de l'environnement et le contentieux climatique en matière de lutte contre le réchauffement et de préservation de la qualité de l'air. La jurisprudence est venue rappeler, sans aller au-delà, que les normes supérieures doivent valoir en tant que telles, qu'elles figurent dans la Constitution, dans la Charte de l'environnement, dans les nombreuses directives européennes ou dans les traités internationaux, depuis les Conventions de Rio jusqu'à l'Accord de Paris. Ces règles ne sont pas des symboles, mais doivent être respectées comme de véritables règles, de sorte que le juge peut être conduit à constater que les autorités publiques n'ont pas accompli les efforts qu'elles prescrivaient. Il dispose alors du pouvoir d'injonction et du pouvoir d'astreinte pour agir. Je considère qu'il ne s'agit pas d'un empiètement sur le politique, dès lors que le juge ne fait que rappeler que les normes doivent être prises au sérieux. Ces normes n'ont pas été édictées par le juge, elles sont dans la Constitution, dans les traités du droit de l'Union européenne et dans la loi.

Le Conseil d'État peut intervenir lorsqu'il constate des écarts entre l'action publique et les normes supérieures pour indiquer aux pouvoirs publics qu'il y a une obligation juridique de respecter ces normes. C'est bien là l'office du juge et pas un empiètement sur le choix des décideurs publics.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Nous connaissons tous l'excellence de votre expertise juridique, car vous avez présidé pendant longtemps la section du contentieux. C'est davantage à l'universitaire et au

membre de l'Institut que nous voudrions faire appel aujourd'hui, pour bénéficier de votre liberté intellectuelle dans l'analyse de ces sujets.

Comment établir le dialogue entre le Parlement et le pouvoir politique que représente le juge, en particulier le juge administratif ? Vous nous avez indiqué à très juste titre que, l'instauration des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, la rigueur du contrôle juridique ou le contrôle de proportionnalité avaient eu pour conséquence de créer une situation où la loi n'est plus notre référence juridique suprême. Nous sommes dans un État de droit qui surplombe la loi et qui obéit à des principes sur lesquels le juge a une assez grande liberté d'analyse.

En outre, à partir du moment où la loi a perdu son caractère de suprématie, celui qui la vote voit son rôle s'affaiblir. Mon propos n'est pas de faire un plaidoyer *pro domo* pour le Parlement. Cependant, dans un système hyperprésidentialisé et dans un contexte d'abaissement de la loi en tant que norme juridique, l'affaiblissement politique du Parlement est un sujet dont on ne peut nier l'importance. Le rôle des juges, ou des systèmes de juges qui se renvoient l'exercice des responsabilités, monte en puissance. Force est d'admettre, me semble-t-il, que le juge dispose désormais d'un pouvoir politique extrêmement important. Ne serait-il pas plus simple de le reconnaître, de manière à pouvoir trouver la manière d'instaurer un dialogue entre le Parlement et les juges ? Ne faudrait-il pas que les institutions soient plus sincères sur le fait qu'il existe plusieurs pouvoirs et que nous devons gérer leurs interactions ?

M. Bernard Stirn. – Malgré l'accroissement des contrôles sur la loi, la capacité à faire un choix, dans le respect de la Constitution, du droit de l'Union européenne et des traités internationaux, continue à relever du pouvoir politique.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Dans certains cas, la marge pour choisir est toute petite.

M. Bernard Stirn. – Vous êtes pessimiste. Il existe quand même des marges de choix tout à fait importantes sur certains sujets où le Parlement a complètement la main. Dans l'intérêt de la construction européenne, il est vrai qu'il faudrait sans doute évoluer vers un droit de l'Union européenne qui respecte davantage les marges d'appréciation nationales. Le phénomène est toutefois relativement récent, postérieur à la Seconde Guerre mondiale et il est général et pas uniquement français.

En dehors de la Cour suprême des États-Unis, avant 1945 et de la Cour constitutionnelle autrichienne, créée en 1920, aucun pays ne connaissait le contrôle de la loi. Désormais, selon des modalités comparables, même s'il subsiste en réalité quelques différences, toutes les grandes démocraties exercent un contrôle de constitutionnalité. En Europe, tout particulièrement, il existe en outre un consensus sur le fait que la norme internationale l'emporte sur la loi nationale.

Nous pourrions renforcer notre travail en commun sur un point, important pour le Parlement et auquel le Sénat tient tout spécialement, et qui porte sur la manière de faire de bonnes lois. Durant les trente dernières années, on a tiré la sonnette d'alarme, mais l'on constate toujours une certaine dégradation de la loi qui se manifeste dans la prolifération des textes et dans leur instabilité. Le Conseil d'État a publié son premier rapport sur le sujet dès 1990. Il a été suivi de plusieurs autres, à intervalles réguliers, et cette préoccupation a également été relayée dans les travaux parlementaires. Le Sénat a mis en place en janvier 2018 une mission « Bureau d'abrogation des lois anciennes et inutiles » (BALAI).

Durant ces dernières années, le travail en commun du Parlement et du Conseil d'État a progressé de manière importante, notamment depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a prévu la consultation du Conseil d'État sur des propositions de loi. Les parlementaires, députés ou sénateurs, auteurs des propositions de loi, utilisent de plus en plus cette possibilité et bénéficient ainsi du travail accompli par le Conseil d'État pour présenter des textes bien rédigés, qui respectent les normes supérieures et qui ne posent pas de problème au regard du droit européen, du droit international ou de la Constitution.

Cela fait trente ans que nous constatons la dégradation de la qualité de la norme législative et réglementaire et peu de progrès ont été réalisés. La codification et les efforts d'abrogation des lois inutiles constituent des réussites mitigées. Quant aux études d'impact, il reste des marges de progrès très importantes à réaliser. Toutefois, il n'y a pas de fatalité et nous ne sommes pas condamnés à avoir un système normatif dégradé, même s'il est vrai que Montaigne constatait déjà que « la France a plus de lois que tout le reste du monde ensemble » et que Montesquieu rappelait en son temps que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ». Le sujet existe depuis très longtemps dans la philosophie politique de notre pays.

Nous avons engagé des travaux en commun pour résoudre le problème, qu'il faudrait sans doute étendre à une échelle plus importante pour continuer d'assainir le stock des textes existants et pour mieux canaliser le flux de ceux qui arrivent. Tout cela contribuerait à mieux préparer la loi et je sais que nous partageons ces objectifs.

Il faut aussi renforcer la compréhension entre nos deux institutions, car si certaines mesures ont été écartées par le juge comme incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme ou contraires au droit de l'Union européenne, elles ne sont pas si nombreuses. Vous savez bien, au Parlement, que la question du respect du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme se pose pour tout projet de loi et proposition de loi. Les précautions prises sont importantes et, qu'il s'agisse du juge judiciaire ou du juge administratif, les censures de lois pour méconnaissance du droit international et du droit européen existent, même si c'est en nombre assez limité. Toutefois, il est désormais plus fréquent

qu'une disposition législative soit censurée à l'issue d'une QPC plutôt que d'un contrôle de conventionnalité. Les chiffres sont sans commune mesure.

De manière générale, quand une loi peut être jugée incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme, mais qu'elle peut être compatible « ainsi interprétée », le juge fait l'effort d'une interprétation conforme. J'évoquais précédemment l'arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950 qui consacre le droit au recours pour excès de pouvoir. La technique d'interprétation conforme aux principes généraux du droit reste très pratiquée, notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et même du droit de l'Union européenne.

Quant aux études d'impact, en toute franchise, elles ne fonctionnent pas. La situation s'est sans doute améliorée depuis 2008, mais elle reste peu satisfaisante. Les études d'impact sont produites en réalité *a posteriori*, pratiquement jamais *a priori*, alors qu'on en attend une évaluation des avantages et des inconvénients que pourrait avoir un texte avant de s'y engager plus avant. Le Conseil d'État travaille à améliorer cet outil. Le Conseil constitutionnel peut sans doute jouer un rôle en cela. Le Parlement peut également relever son niveau d'exigence. Quoi qu'il en soit, le sujet pourrait donner lieu à des travaux communs, car il s'agit de mettre fin à ce qui relève d'une mauvaise habitude plus que d'une volonté du Gouvernement de contourner l'obligation constitutionnelle de produire une étude d'impact.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Plus précisément, que peut faire le Parlement pour améliorer les études d'impact ? Même s'il constate que l'étude d'impact est insuffisante, cela n'empêchera pas le Gouvernement de poursuivre la mécanique qu'il a lancée. Le Conseil d'État peut, dans son avis consultatif, formuler des observations, sans que le Gouvernement juge bon d'arrêter le processus. Quant au Conseil constitutionnel, nous savons qu'il intervient peu sur ce sujet.

L'amélioration à laquelle vous aspirez suppose qu'il y ait un dialogue entre les juges et le Parlement, or celui-ci n'existe pas pour l'instant. Un universitaire que nous avons entendu constatait que le dialogue existait entre les juges et entre les systèmes judiciaires, mais pas avec le Parlement, la relation se limitant alors à un monologue des juges. Quelle forme pourrait prendre l'interactivité que vous évoquiez ? Nous savons, en effet, qu'une institution comme le Conseil d'État a une sensibilité assez forte sur un tel sujet.

La commission chargée du rapport sur la « Cour de cassation 2030 », où siégeaient plusieurs présidents de chambre, a fait des propositions telles que la tenue d'audiences interactives ouvertes sur quelques sujets à fort impact sociétal, ce qui pourrait conduire le Parlement à intervenir en tant qu'*amicus curiae*.

Une autre proposition porte sur la mise en place « d'ateliers de jurisprudence », qui pourraient conduire, une fois les décisions rendues, à procéder annuellement à l'analyse d'un certain nombre de décisions et à les partager avec le Parlement. Comment considérez-vous ce genre d'hypothèses ?

La commission va même jusqu'à envisager un conseil de juridiction de la Cour de cassation auquel les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat pourraient participer, ce qui engagerait une autre forme de dialogue avec le Parlement.

À l'heure actuelle, la situation est pour le moins étrange. Le Parlement a très rarement l'occasion de dialoguer avec les juges judiciaires, de sorte qu'une relation proche de la défiance se développe, surtout au niveau des juridictions de première instance ou d'appel. Les liens avec la Cour de cassation sont plus fluides, mais restent peu fréquents. Le Conseil d'État organise régulièrement des visites, mais celles-ci ne visent qu'à renforcer la connaissance de l'institution.

M. Bernard Stirn. – C'est un bon début.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Quant au Conseil constitutionnel, les outils dont nous pouvons disposer, en particulier les contributions extérieures dites « portes étroites » n'ont guère été utilisés à ce jour. Quelles suggestions pourriez-vous nous faire pour améliorer le dialogue entre le Parlement, en tant que représentant du peuple, et nos institutions judiciaires ?

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous avons tous acquiescé lorsque vous avez mentionné la nécessité d'améliorer la qualité de la loi que nous votons, en évitant de multiplier les cas particuliers, qui généreront inévitablement des contentieux, tout en veillant à ce que les textes ne soient pas trop généralistes, ce qui donnerait prise à une trop grande marge d'interprétation.

Quel est le rôle de l'étude d'impact ? Elle devrait être un outil au service de celui qui fait la loi et qui doit la voter. Or, malgré le fait que nous exprimions unanimement sur toutes les travées la nécessité de la renforcer, rien ne se fait.

J'ai encore le souvenir du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, texte dont on ne peut nier l'importance, mais pour lequel l'étude d'impact n'a été qu'un mauvais copier-coller de versions successives, de sorte que le nom des régions pouvait varier de page en page.

Le problème est-il lié à un manque de temps et au climat d'urgence qui caractérise désormais le travail législatif ? Ou bien le Gouvernement ne prend-il pas assez au sérieux les études d'impact ? Comment faire en sorte que le législateur soit mieux à même de circonstancier le projet de loi ou la

proposition de loi sur lequel il travaille, pour éviter des « dérives » ultérieures qui ne sont pas de son fait ?

M. Bernard Stirn. – Il faut bien distinguer le consultatif et le contentieux, qui obéissent à des logiques différentes. Sur le consultatif, des pistes existent qu’il reste à creuser, car nous partageons les mêmes objectifs en matière d’amélioration de la qualité technique et juridique de la législation. Le champ des possibles reste assez large.

Le Parlement est déjà étroitement associé au travail de codification, puisque des députés et des sénateurs siègent à la commission supérieure de codification depuis qu’elle existe et ils y jouent un rôle très actif. On pourrait sans doute encore resserrer les liens de collaboration, en prévoyant par exemple que la Commission de codification viendra présenter son programme aux commissions des lois de l’Assemblée nationale et du Sénat, ce qui créera l’occasion d’un dialogue avec les parlementaires sur la nature des règles de codification. En travaillant ainsi en amont, on éviterait sans doute de surcharger l’ordre du jour des assemblées avec des projets de loi d’habilitation à prendre des ordonnances de codification.

Une autre piste de travail pourrait porter sur les études d’impact. Il n’y a pas de fatalité en la matière. L’idée d’avoir donné une portée constitutionnelle en 2008 à l’obligation de réaliser une étude d’impact est bonne, mais la pratique est loin d’être satisfaisante, de sorte qu’il faut l’améliorer. Le Conseil d’État avait émis l’idée, il y a deux ou trois ans, qu’il faudrait resserrer le champ d’application de l’obligation, pour éviter un processus purement formel, notamment sur des textes très urgents qui doivent inévitablement être préparés rapidement. Les études d’impact seraient obligatoires surtout pour les textes au sujet desquels on pourrait prendre le temps de la réflexion. Rien n’interdit de mettre en place un groupe de réflexion qui associe le Gouvernement, les deux assemblées et le Conseil d’État pour améliorer les études d’impact.

Le Sénat est en pointe en ce qui concerne la maîtrise du stock et du flux. Il est parfaitement possible d’envisager une réflexion commune sur des sujets de cette nature, en faisant appel par exemple aux présidents de section honoraires, qui disposent plus que leurs collègues du temps nécessaire pour engager un travail de ce type avec le Parlement.

Pour ce qui est du contentieux, il est très important que des contacts se nouent non seulement au niveau central, mais également au niveau local. Le Sénat, notamment, devrait être particulièrement attentif au contentieux des collectivités territoriales. Il faut veiller à ce que les élus territoriaux connaissent les juridictions de première instance et d’appel, nouent des liens avec les chefs de juridiction et soient bien conscients des difficultés rencontrées dans cette juridiction.

La position d’*amicus curiae* est très intéressante. Un exemple que je connais bien concerne l’affaire Vincent Lambert, soit le dossier le plus

difficile que j'ai eu à suivre au cours de ma carrière et qui portait sur la fin de vie. Le Conseil d'État a utilisé la procédure d'*amicus curiae* en demandant conseil, avant de se prononcer sur cette affaire redoutablement difficile, à Jean Leonetti, qui a été à l'origine, lorsqu'il était député, de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie. Il a également pris l'avis de grandes institutions, comme l'Académie de médecine, le Conseil national de l'Ordre des médecins ou le Comité consultatif national d'éthique. Ces avis ont été très précieux dans la décision du Conseil d'État. Ils ont également été très importants dans celle qu'a prise ensuite la Cour européenne des droits de l'homme de statuer pour conforter la position du Conseil d'État. Son arrêt souligne en effet que le Conseil d'État s'est prononcé « après avis des autorités les plus compétentes ».

Ce type de dossier reste en nombre limité, il s'agit de quelques affaires par an. Dans le cas de l'affaire Vincent Lambert, il était très important que le principal auteur de la loi, vienne exposer la manière dont il envisageait l'application de son texte. Sa contribution a été remarquable et très précieuse. Je ne vois donc que des avantages à ce type de procédure, qui pourrait être davantage utilisée – c'est le sens du rapport de la Cour de cassation, que vous évoquiez – dans les affaires qui touchent, de manière inédite, aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse de la fin de vie ou du sujet redoutable qu'est la procréation assistée. Il serait également souhaitable qu'elle existe aussi pour les sujets qui touchent à la régulation du numérique.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – On peut aussi considérer que cela vient accentuer la position de surplomb du juge par rapport au Parlement, qui doit faire face à un affaiblissement de son rôle institutionnel.

Que pourriez-vous proposer pour continuer à alimenter leur dialogue ?

L'une des difficultés de celui-ci tient au fait que, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, un parlementaire n'a pas d'intérêt à agir en annulation d'une disposition réglementaire. Cela ne vous paraît-il pas constituer une curiosité ? Pardonnez-moi si je suis un peu taquin...

M. Bernard Stirn. – Il est vrai que la jurisprudence du Conseil d'État ne reconnaît pas d'intérêt à agir contre les actes du Gouvernement du fait de la seule qualité de parlementaire. Ce qui explique cette jurisprudence, c'est le souci du juge de ne pas être entraîné sur le terrain politique. Il s'agit d'une forme de prudence du juge. Le rôle du juge n'est pas d'arbitrer les conflits politiques. Si le Parlement ou un parlementaire n'est pas satisfait des actes du Gouvernement, c'est une question politique, qui doit plutôt, me semble-t-il, être débattue lors des questions au Gouvernement ou par la mise en cause de la responsabilité de ce dernier.

Le combat politique est essentiel dans une démocratie, mais il doit être mené au Parlement ou devant l'opinion, lors des élections. Il ne doit pas être déplacé devant les juridictions. De manière très constante, depuis plus

d'un siècle, le Conseil d'État a refusé d'ouvrir cette porte. Ce n'est pas du tout une indifférence à l'égard des parlementaires ou un manque de considération envers le Parlement. Au contraire, c'est le souci que chacun assume ses responsabilités.

Pour ma part, je reste assez attaché à cette idée, d'autant plus que le recours pour excès de pouvoir est tout de même très largement ouvert : les actes du Gouvernement ne sont pas à l'abri, car il est très facile, pour une association ou un citoyen quelconque, de se voir reconnaître un intérêt à agir. D'ailleurs, je me souviens que François Bayrou a pu agir en tant qu'actionnaire de sociétés d'autoroutes – on pourrait citer de nombreux autres exemples. La jurisprudence ne me semble donc pas constituer un frein dans l'accès aux juges. Je ne pense pas qu'une évolution contraire soit une piste très saine ; je vois vite les dangers qui pourraient en découler. Le juge serait amené à exercer un métier – arbitrer les conflits politiques – qui n'est pas le sien.

S'il existe un problème de légalité, il y a suffisamment de requérants ayant intérêt pour agir pour que le juge soit saisi sans aucune difficulté, le cas échéant à l'instigation de tel ou tel parlementaire.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Au sein des collectivités, une habitude veut qu'un combat politique qui n'a pu être gagné au sein d'un hémicycle soit transféré au tribunal – on constate ainsi une augmentation des recours lancés contre les budgets.

Que vous inspire ce recours de plus en plus régulier au tribunal de la part des groupes d'opposition des collectivités, pour des raisons de nature essentiellement politique ?

M. Bernard Stirn. – Vous avez tout à fait raison : au niveau local, des contentieux se développent. Au demeurant, c'est pour éviter des dérives de ce genre au niveau national que la qualité de parlementaire ne suffit pas à pouvoir attaquer un décret ou une ordonnance. En revanche, la qualité de membre d'un conseil régional, départemental ou municipal permet d'attaquer une délibération.

Dans la majorité des cas, il est fait de ce recours un usage raisonnable, mais on constate effectivement certaines dérives. Je trouve qu'il n'est tout de même pas très sain de déplacer le débat du conseil municipal au tribunal administratif. Les recours fondés sur de vrais problèmes de droit peuvent être tout à fait légitimes, mais on voit bien que, parfois, les débats sont plus politiques que juridiques.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Vous avez raison : le respect des droits de l'opposition est une chose ; le déplacement du débat politique en est une autre.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Cela me fait penser à la question du référé-liberté, dont les vertus nous ont beaucoup été vantées. Le

référé-liberté a été conçu par le législateur pour défendre les libertés ; c'était une sorte d'évolution de la voie de fait. Force est cependant de constater que le Conseil d'État en fait une interprétation beaucoup plus large : il concerne désormais ce que l'on pourrait appeler les « droits-créances », le droit à obtenir quelque chose, à agir. Nous sommes là dans une lecture très extensive du référé-liberté. On peut comprendre que l'exécutif puisse se poser quelques questions à cet égard.

M. Bernard Stirn. – Le métier de juge des référés est l'une des activités qui m'a le plus passionné. J'avais suivi toutes les étapes de la réforme avec le président Labetoulle, qui en est véritablement l'auteur.

Au départ, il s'agissait essentiellement de mettre fin aux fausses voies de fait qui se développaient devant le juge judiciaire, parce que le juge administratif n'avait pas les moyens d'agir rapidement quand une liberté fondamentale était mise en cause.

Avant 2000, à toutes les séances du Tribunal des conflits montaient des affaires où un juge judiciaire s'était, à tort, reconnu compétent. C'était le seul instrument dont il disposait pour défendre les libertés. À l'époque, de nombreux tribunaux de grande instance faisaient une interprétation abusive de la notion de voie de fait, laquelle était ensuite censurée par le Tribunal des conflits, parce qu'il n'y avait pas de voie de droit adaptée. Au départ, la loi du 30 juin 2000 a vraiment été conçue pour remédier à cette situation et donner au juge administratif le pouvoir d'intervenir rapidement en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

La procédure a connu un succès qui a dépassé les attentes d'origine, un peu comme la question prioritaire de constitutionnalité d'ailleurs. On n'avait pas du tout anticipé qu'il y aurait autant de saisines. Il faut dire que le droit se fait avec la vie... Alors que l'on pensait plutôt à de toutes petites affaires locales, comme un maire qui interdirait abusivement une réunion, il y a eu beaucoup d'affaires très médiatiques, avec, pratiquement au même moment, l'affaire Dieudonné, l'affaire Vincent Lambert, au début de 2014, et l'affaire du burkini, qui a enflammé le pays au mois d'août 2016, jusqu'à ce que le juge des référés du Conseil d'État se prononce.

Il est exact que la jurisprudence a témoigné d'une vision assez large de la notion de libertés fondamentales, que la loi n'a pas davantage précisée, mais une jurisprudence contraire aurait quand même pu être très critiquée. En effet, les libertés fondamentales, au-delà du droit de l'individu à ne pas être bridé, sont aussi des droits plus collectifs : droit d'asile, droit pour tout enfant de recevoir une éducation même s'il est handicapé, droit des détenus d'être traité de manière digne...

Je suis bien conscient que cela a donné au référé-liberté un champ tout à fait important, mais je pense vraiment qu'il ne faut pas le regretter, parce que, dans ce domaine, notre droit est même en pointe. Il y a peu de pays où l'on peut, en quelques jours, obtenir une décision d'une cour

suprême telle que le Conseil d'État, juge de premier ressort ou d'appel du référé liberté. Au demeurant, le Conseil d'État a fait un usage modéré de ces procédures, mais a rappelé un certain nombre d'exigences.

Les expériences du référé-liberté dans l'état d'urgence terroriste et dans l'état d'urgence sanitaire ont été extrêmement intéressantes.

Vous semblez préoccupés par le fait de ne pas enfermer trop l'administration : je crois, au contraire, que cela aide l'administration, parce que cela lui permet d'y voir clair. Dans la quasi-totalité des cas, l'administration est de bonne foi et souhaite agir conformément au droit. Il est utile qu'une cour suprême, forte de son autorité, puisse très vite lui indiquer le droit, qu'elle puisse débattre avec un juge du référé d'une décision qui vient d'être prise, qui n'est donc pas encore consolidée et qu'il est encore temps de corriger.

Dans combien d'affaires ai-je pu, comme tous les juges des référés, observer avec plaisir l'administration évoluer en peu de temps, le dialogue devant le juge la conduisant à penser que sa position initiale, qu'elle avait prise de bonne foi, n'était pas bonne et qu'il fallait corriger le tir ? Comme j'ai eu l'occasion de l'expliquer devant les commissions des deux assemblées de l'époque sur l'état d'urgence, sur l'assignation à résidence, le contrôle a vraiment été bénéfique pour tout le monde, à commencer par le ministère de l'intérieur, qui y a plutôt vu un appui de la part du juge des référés.

Au moment de la crise sanitaire, j'ai vu avec une très grande satisfaction le Conseil d'État intervenir très rapidement pour censurer un nombre significatif de mesures qui allaient un peu trop loin en termes de proportionnalité.

Je pense que le référé-liberté est un véritable succès. Alors que notre droit a pu être critiqué sur certains aspects, soyons fiers que l'on trouve des améliorations qui fonctionnent. À cet égard, je trouve que, en matière de capacité à défendre effectivement les droits et les libertés fondamentales, le référé-liberté et l'usage qu'en fait la juridiction administrative placent la France en tête des grandes démocraties, pour un recours effectif qui n'est pas non plus étouffant. Je suis absolument convaincu que ce point de vue est partagé par l'administration.

Permettez-moi, à cet égard, de vous conter une anecdote : quand le Conseil d'État a rendu une ordonnance ordonnant de dératiser la prison des Baumettes en référé-liberté, j'ai reçu un coup de téléphone du directeur de l'administration pénitentiaire. Comme je m'attendais à une réaction courroucée, quelle n'a pas été ma surprise de l'entendre me remercier : l'ordonnance lui permettait de régler, tout de suite, le problème des rats aux Baumettes, alors qu'il était ralenti par l'application des règles de passation de marché - il faut du temps pour respecter les règles de mise en concurrence. L'administration s'est sentie aidée par le juge. C'était très satisfaisant.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – La contrainte qui protège pourrait mériter de longues discussions.

Je vous remercie de vous être rendu disponible. Je vous remercie pour nos échanges et pour les exemples très précis que vous nous avez apportés. Si vous disposez d'autres documents que vous jugez utile d'apporter à notre connaissance, n'hésitez pas à nous les transmettre.

Audition consacrée au droit européen de M. Baptiste Bonnet, professeur de droit public à l'université Jean Monnet de Saint-Étienne, université de Lyon, doyen de la faculté de droit, Mmes Laurence Burgogues-Larsen, professeure de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne, Diane Fromage, chercheuse individuelle Marie Sklodowska-Curie à Sciences Po et Hélène Gaudin, professeure de droit public à l'université Toulouse I Capitole

(Mardi 15 février 2022)

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Nous accueillons cet après-midi quatre chercheurs ou universitaires spécialisés dans le droit européen : M. Baptiste Bonnet, professeur de droit public à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne ; Mme Laurence Burgogues-Larsen, professeure de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Mme Diane Fromage, chercheuse à Sciences Po ; Mme Hélène Gaudin, présente en visioconférence, professeure de droit public à l'Université Toulouse I Capitole.

Je vous remercie d'avoir accepté notre invitation à cette table ronde, qui se tient dans le cadre de la mission d'information sur le thème de la judiciarisation de la vie publique, créée à l'initiative du groupe de l'Union Centriste.

Notre mission d'information s'intéresse à ce qui semble être la place grandissante prise par les juridictions dans la production de la norme et dans la prise de décision publique et aux risques que cette évolution pourrait faire peser sur le fonctionnement de notre démocratie représentative. Nos concitoyens ont parfois le sentiment que la portée de leur vote est réduite du fait des limitations posées par la jurisprudence.

Notre sujet présente une importante dimension européenne, d'abord parce que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) rendent des décisions ayant parfois un fort retentissement et soulevant des débats. Nous avons encore en tête les critiques exprimées à la suite des décisions rendues récemment par la CJUE concernant les données de connexion ou le temps de travail des militaires. Nous nous interrogeons sur les nouvelles modalités de dialogue et de régulation qui pourraient être envisagées pour surmonter les tensions ou les incompréhensions ayant pu se faire jour.

En outre, tous les tribunaux peuvent écarter une norme de droit interne qu'ils jugent contraire à une norme européenne, ce qui nous amène à

réfléchir à la manière dont les parlements nationaux contrôlent la production du droit européen. Nous nous interrogeons notamment sur la manière dont est exercé le contrôle de subsidiarité et s'il ne pourrait pas être renforcé.

Je précise que cette audition donne lieu à une captation vidéo, retransmise et disponible sur le site internet du Sénat.

M. Baptiste Bonnet, professeur de droit public à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, Université de Lyon, doyen de la faculté de droit. – Je vous remercie de m'avoir invité à m'exprimer devant cette mission d'information du Sénat sur un sujet si intéressant.

Cette mission d'information vise, pour reprendre les termes de M. le rapporteur Philippe Bonnecarrère, à identifier et comprendre les tensions, notamment entre le droit national et le droit européen, ainsi qu'à retrouver une meilleure régulation. Selon les mots de Mme la présidente Cécile Cukierman, l'objectif de cette mission d'information est de déterminer ce qui est du ressort du juge et ce qui est du ressort du pouvoir législatif afin de savoir jusqu'où la jurisprudence peut faire loi.

Cette table ronde porte sur le droit européen. Pardonnez-moi si je caricature quelque peu le propos mais il me semble qu'elle vise à comprendre si le juge, et particulièrement le juge européen, n'aurait pas pris un peu trop de pouvoir.

Je précise que je ne suis pas professeur de droit européen. En effet, mon domaine de recherche porte sur les rapports entre ordres juridiques, et plus précisément sur la question de la régulation des tensions – possibles ou supposées – entre ordre juridique national et ordre européen. Il y a une quinzaine d'années, j'ai rédigé une thèse sur le juge administratif et l'article 55 de la Constitution.

En raison de mon travail sur les rapports entre ordres juridiques, on me situe souvent parmi les professeurs de droit européen, ce qui est pertinent puisque je considère que mener une analyse juridique et politique satisfaisante nécessite de se situer à la croisée des droits et des ordres juridiques et de sortir tant d'un éventuel nationalisme juridique que d'un européanisme béat.

En effet, nous devons nous situer dans une analyse plus holistique et dynamique, correspondant davantage à une réalité en mouvement permanent où tous les équilibres sont finement construits mais nécessairement précaires, à l'image de la tectonique des plaques. Mme Mireille Delmas-Marty – à laquelle je ne peux m'empêcher de rendre un hommage – parlait d'une « cinétique » du droit. Nous ne pouvons plus raisonner uniquement sur des notions statiques telle que la souveraineté. Il existe effectivement une tension mais cette dernière doit être positive, en tant que dynamique, au profit de la substantialisation du droit et de l'État de droit.

Par exemple, nous avons relevé une divergence entre le Conseil Constitutionnel et la CEDH sur le principe *non bis in idem*, selon lequel nul ne peut être sanctionné deux fois pour les mêmes faits. Si la jurisprudence de la CEDH est très précise et fournie sur la question, le Conseil Constitutionnel a décidé de ne pas la suivre dans son analyse de ce principe. Cette divergence n'est pas grave et ce débat a au contraire permis d'enrichir et de préciser le contenu de la notion *non bis in idem* – pouvant, le cas échéant, faire évoluer la CEDH.

Chacun doit y mettre du sien, et particulièrement le juge. Ce dernier est absolument conscient qu'il se situe désormais dans un ensemble qui est un peu plus grand que lui, comme l'État. Cela ne remet pas en cause sa place, son rôle propre et son identité, y compris constitutionnelle, mais cela le contraint à envisager ses positions dans une logique plurielle, voire pluraliste.

Ces propos liminaires visent à dire que, pour bien comprendre cette tension – pas forcément négative – entre le droit interne et le droit européen et pour bien réguler cet ensemble, nous devons absolument sortir des logiques d'opposition pour entrer dans des logiques d'acculturation. Nous devons mieux connaître le droit européen et le maîtriser. Les parlements nationaux doivent effectuer beaucoup d'efforts à cette fin.

Nous devons également sortir des logiques descendantes pour entrer dans des logiques de *bottom up*. La CEDH ou la CJUE ne dictent pas leur loi aux juridictions internes qui devraient l'appliquer. De la même manière, les juridictions internes ne font pas ce qu'elles veulent au mépris de ce que pensent les juridictions européennes. Nous sommes plutôt dans une circularité permanente des solutions juridiques et dans une volonté perpétuelle de comprendre ce qu'il se passe dans un autre système juridique qui nous concerne. Il faut donc sortir des logiques de pure hiérarchie des normes pour entrer dans des logiques de rapports de systèmes et d'implémentation. C'est d'ailleurs exactement ce que nous avons fait par le biais de l'article 88-1 de la Constitution, en faisant entrer le droit de l'Union européenne dans la norme constitutionnelle et en faisant du respect de la primauté du droit de l'Union européenne une obligation constitutionnelle.

Nous devons garder à l'esprit que tout part de l'État, qui a accepté de manière souveraine et réitérée l'intégration européenne. Ce sont les traités, et particulièrement les traités sur l'Union européenne, qui confèrent au juge le rôle qui est le sien. La Cour de justice des Communautés européennes a consacré les principes généraux du droit communautaire, à une époque où elle n'était pas un juge des libertés. Force est de constater que les traités successifs n'ont pas souhaité l'arrêter dans cette capacité de dégager des principes juridiques et ont, au contraire, renforcé son rôle. Nous ne pouvons pas signer les traités et nous émouvoir ensuite de leur application, surtout quand nous observons que ces signatures sont

essentiellement au profit de l'État de droit car le bilan coûts-avantages est à mon sens positif.

Ensuite, nous devons garder en tête que le droit de l'Union européenne est un droit des États. *Mutatis mutandis*, le droit de la CEDH est également un « droit *melting-pot* », construit avec l'influence des États. Je dirais même que le droit national est le substrat de ce droit européen. En effet, beaucoup de principes européens trouvent leur origine dans les États membres. Un premier exemple est le principe de confiance légitime, dont l'origine est allemande et qui est intégré dans le droit de l'Union européenne. Un second exemple est l'influence très importante de la procédure administrative française contentieuse dans le fonctionnement de la CJUE.

Quant à la CEDH, il est nécessaire de lire ses arrêts plutôt que de les fantasmer. Nous ne devons pas nous arc-bouter au motif que la Cour tient, le cas échéant, un discours qui ne nous plaît pas. Leur lecture montre que sur les grandes questions de société, un tiers de l'arrêt est consacré à l'analyse du droit national et de la culture nationale. Sur tous les sujets, droit d'asile et immigration, sécurité ou encore questions relatives à la fin de vie et à la famille, la CEDH tente de comprendre le droit interne, le droit constitutionnel et même la culture juridique interne pour se prononcer.

Sur la question de la laïcité, très importante pour la société française, il faut lire la jurisprudence de la CEDH sur la Turquie et la France. Je vous invite à vous reporter à l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie* de 2004-2005 et aux arrêts *Dogru et Kervanci contre France* de 2008 pour constater à quel point la Cour comprend, étudie et analyse avec finesse les contours de la laïcité à la française et à la turque et à quel point elle accepte bien volontiers de laisser à l'État la capacité de décider ce qu'il entend mettre dans cette notion. La Cour admet en outre une évolution de la notion et dit souvent qu'elle analyse la convention à la lumière des conditions de notre temps.

Concernant l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil d'État avait indiqué au Gouvernement que l'interdiction de la burqa était contraire au droit constitutionnel et au droit européen. Le Gouvernement est passé outre la lecture du Conseil d'État pour des raisons politiques et le Conseil constitutionnel lui a donné raison, en indiquant que cette question relève de la loi. Notons que la loi du 11 octobre 2010 est clairement contraire à plusieurs grands principes de la CEDH. Pourtant la Cour, à travers l'arrêt *SAS contre France*, n'a pas condamné la France et a utilisé la « marge nationale d'appréciation » pour respecter l'identité constitutionnelle française et, le cas échéant, une conception particulière de la laïcité.

Pour autant, la CEDH est quand même garante d'une sorte d'ordre public européen des libertés et constitue fort heureusement un garde-fou car certains États peuvent menacer la démocratie. C'est parfois le législateur qui

dérape et le juge européen, après le juge constitutionnel, joue un rôle protecteur.

Ces possibles dérapages ne sont pas l'apanage de la Hongrie ou de la Pologne mais peuvent aussi se produire en France. Concernant les problématiques de sécurité, de nombreux débats internes ont eu lieu concernant l'ensemble des lois votées à la suite d'actes de terrorisme et la volonté de faire entrer dans le droit commun, par la loi de sécurité intérieure notamment, un certain nombre d'éléments relevant de l'état d'urgence. Je n'ai pas d'opinion sur la question. Toutefois, observons que de nombreuses critiques ont été émises. Je souhaite que nous gardions à l'esprit que, dans un pays démocratique comme les États-Unis, où les juges détiennent un grand pouvoir et la capacité d'arrêter le pouvoir politique, la création de Guantanamo n'a pas été empêchée alors qu'une telle création ne serait pas possible en Europe, notamment en raison de l'existence de la CEDH.

L'existence de garde-fous ne signifie pas que la Nation française est empêchée de prendre ses décisions. Par exemple, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est possiblement contraire au droit de l'Union européenne, en ce qu'elle est prioritaire. Dans les affaires *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*, l'avocat général a estimé que la QPC était contraire à l'arrêt *Simmenthal*. La Cour de cassation a courageusement décidé de saisir la Cour de justice pour lui demander si la QPC était bien compatible avec le droit de l'Union européenne, ce qu'elle a confirmé.

La CEDH et la CJUE ne sont pas parfaites et certains arrêts sont critiquables. Comme tous les juges, elles ont une tendance naturelle à élargir leurs compétences, mais peut-être pas davantage que le Conseil constitutionnel – qui est devenu depuis 1971 un juge des droits et libertés contrairement à ce qui était prévu dans la Constitution de 1958 – ou le Conseil d'État, qui joue un rôle primordial dans la régulation de la société française. Je crois que nous faisons parfois un mauvais procès, non justifié et mal étayé, aux juridictions européennes, qui traduit parfois un anti-européanisme primaire, et un rejet de certaines positions progressistes en matière de droit et libertés. Il faudrait plus souvent rappeler l'apport immense de la CEDH et, toutes choses égales, de la CJUE en matière de progression des droits des citoyens dans quasiment tous les domaines.

D'ailleurs, pourquoi tant de justiciables cherchent-ils à saisir la CEDH, qui passe son temps à essayer de repousser les requêtes ? La raison est que ces justiciables ont le sentiment, à tort ou à raison et parfois tout à fait abusivement, que la justice de leur pays n'a pas pu sortir d'un tropisme national et qu'un regard européen serait utile. La société a changé. Les citoyens ne se résignent plus et portent leurs désaccords en justice, comme les parlementaires portent leurs désaccords devant le Conseil constitutionnel. Cette judiciarisation est peut-être un peu trop forte aujourd'hui – abusive même – mais elle conduit à des progrès.

Quant au juge, il ne va pas plus loin que ce que lui permet le flou des textes. Les traités ne sont pas si clairs sur un certain nombre de sujets, notamment le traité sur l'Union européenne en ce qui concerne la répartition des compétences. Si les États considèrent que la Cour va trop loin, il faut modifier les traités de manière à être plus clairs sur la répartition des compétences et sur le principe de subsidiarité.

Toutes choses égales par ailleurs, la loi elle-même n'est pas toujours si claire que cela. Même avec ses décrets d'application, la loi ne peut pas envisager toutes les questions. Nous sommes bien contents que le juge vienne combler les vides juridiques qui ne manqueraient pas d'exister s'il n'était pas là, pour des raisons d'interprétation mais aussi pour des raisons liées au fait que le législateur ne peut pas penser à toutes les situations concrètes qui vont naître des décisions qu'il prend.

L'enjeu est de savoir comment nous pouvons participer à la construction du droit européen et comment la France peut être plus influente. Il nous faut connaître davantage ce droit, nous y former, y compris dans les facultés, le maîtriser et le mobiliser. Il est nécessaire d'être proactif dans le processus permanent de construction du droit. Le Gouvernement, le Parlement et le juge disposent de nombreux moyens juridiques et politiques pour contester certaines décisions, comme l'article 88-6 qui permet aux parlements nationaux de contrôler la subsidiarité. Nous devons mettre en œuvre tous ces moyens et nous mobiliser fortement pour coconstruire le droit européen. Ce dernier est une construction commune et les habitudes ou les traditions d'un État ne signifient pas qu'il a toujours raison.

Mme Laurence Burgogue-Larsen, professeure de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. – Je vous remercie de me donner l'opportunité de présenter mon analyse sur ces questions importantes qui concernent directement le fonctionnement complexe – car intégré et dynamique – des démocraties européennes, et plus particulièrement de la démocratie française à l'endroit de l'intégration européenne au sens large, Union européenne et Conseil de l'Europe.

Depuis l'éclosion et l'implantation du constitutionnalisme libéral d'après-guerre, des pans entiers de la littérature juridique dans le monde sont consacrés au rôle des juges, nationaux ou internationaux. Cette question n'est donc pas spécifiquement française.

La question du rôle des juges relève du commun démocratique car il a été considéré, après la Deuxième Guerre mondiale, que le seul moyen d'éviter le retour à la barbarie était d'instituer des contre-pouvoirs et de protéger les droits des minorités. Les Cours constitutionnelles et les juridictions internationales sont ainsi devenues des remparts contre les éventuels abus d'une majorité omnipotente.

Depuis le tournant de 1945, la démocratie libérale repose sur l'élection mais celle-ci ne se suffit plus à elle-même et ne constitue pas un

blanc-seing pour détruire ensuite méthodiquement ce qui constitue l'ADN du fonctionnement des démocraties libérales contemporaines. La séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux sont les deux éléments majeurs qui viennent compléter le processus électif. D'ailleurs, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne dit pas autre chose.

En Europe et ailleurs, les juridictions constituent un maillon absolument indispensable et bénéfique de l'équilibre démocratique. Les propos de Baptiste Bonnet montrent que cet équilibre dépasse, en Europe, le territoire français pour s'articuler dans des systèmes complexes qu'il ne faut pas stigmatiser ni simplifier.

Dans ce contexte, il est normal que le prétoire de ces cours constitutionnelles, cours internationales ou cours suprêmes, soit vu par les justiciables comme la possibilité – parfois ultime – de faire valoir leurs droits. À cet égard, rappelons que les juridictions ne sont pas proactives, mais réactives. De fait, de plus en plus de questions politiques, économiques ou sociales leur sont déférées.

La CEDH ne fait évidemment pas exception. Qu'il s'agisse des affaires interétatiques de l'article 33 – qui sont d'ailleurs en hausse et révèlent le degré gravissime de tension politique sur le territoire européen – mais aussi des requêtes individuelles de l'article 34, le prétoire de la Cour de Strasbourg est vu par de nombreux individus et groupes comme l'ultime recours. Ainsi, les questions liées au terrorisme, aux mécanismes de surveillance de masse, à la protection des lanceurs d'alerte, aux violences faites aux femmes mais également aux exécutions extrajudiciaires, aux disparitions forcées, aux arrestations et détentions arbitraires, aux attaques systémiques contre l'indépendance judiciaire sont autant de grandes questions difficiles portées par les victimes de ces exactions devant la Cour européenne.

Alors que nous assistons à une défiance grandissante des citoyens à l'égard des démocraties représentatives et alors que certains gouvernements détruisent délibérément les soubassements élémentaires de la démocratie, le recours aux juges est logiquement en hausse.

La montée en puissance, dans le contentieux européen, du recours à l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme témoigne de la dégradation démocratique vertigineuse à l'est du continent. L'article 18, connu comme la clause « anti-détournements de pouvoir », longtemps peu usité, est de plus en plus souvent invoqué par les requérants car il permet de lutter contre les restrictions apportées par les États au droits et libertés à des fins politiques. En Russie, en Azerbaïdjan, en Turquie, en Pologne, en Hongrie, en Bulgarie ou en Géorgie, il est question d'étouffer les voix dissidentes des opposants politiques, des journalistes critiques, des organisations non gouvernementales (ONG) de protection des droits ou des

juges qui protègent l'indépendance judiciaire. Je vous renvoie à des arrêts clés comme le très célèbre arrêt *Navalny contre Russie* du 15 novembre 2018.

La CEDH est en effet devenue un arbitre sur les questions de société car elle est ce « tiers impartial » – selon l'expression de René Cassin – devant lequel les justiciables se tournent afin de trancher des questions très complexes. Les questions de société font évidemment partie de ces questions très complexes mais elles ne constituent qu'une infime partie du contentieux européen. Réduire le rôle de la Cour à ces décisions sur les questions de société serait vraiment ne pas lui rendre hommage.

Dans votre questionnaire, vous demandez si la Cour européenne entrave, par son souci de toujours mieux protéger les droits individuels, la capacité des États à mener des politiques publiques efficaces, notamment concernant les questions d'asile et d'immigration.

Le contentieux européen a connu trois grands temps historiques. Après le temps de la « déférence diplomatique » entre 1959 et le début des années 1970, une deuxième période a duré entre 1975 et les années 2010. Toutefois, depuis 2010, la déférence est de retour, ce qui correspond très clairement au lancement des conférences intergouvernementales de réforme du système, sous la houlette de la diplomatie britannique à la suite de la conférence de Brighton en 2012. La subsidiarité et la marge nationale d'appréciation ont été intégrées dans le préambule de la convention par le protocole 15, mais il n'a pas fallu attendre l'entrée en vigueur pour que la Cour entende le message.

La procéduralisation du contrôle constitue l'une des manifestations de cette déférence à l'endroit des parlements. Elle a été lancée dans l'arrêt *Animal Defenders International contre Royaume-Uni* en 2013, au sujet de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision. Cette technique a été confirmée une première fois en 2015 par l'affaire *Parrillo contre Italie*, concernant les techniques de procréation médicalement assistée, puis confirmée à nouveau dans l'affaire *Garib contre Pays-Bas*, s'agissant des politiques publiques de gentrification des quartiers. La procéduralisation du contrôle et la déférence à l'égard des parlements consistent à décerner une présomption particulièrement forte de conventionnalité à une loi qui a été débattue longuement au sein d'un parlement au sein duquel toutes les opinions ont pu être exprimées, avec éventuellement un examen de la loi par des juridictions exerçant des fonctions consultatives.

La déférence à l'égard des parlements engendre, par ricochets, une atténuation de l'examen de proportionnalité, qui se retrouve réduit à la portion congrue. Le poids accordé à la présomption de conventionnalité de la loi, qui incarne l'intérêt général, l'emporte sur l'examen de la manière dont les droits individuels ont été affectés. Dans les trois affaires susmentionnées, les lois ont été validées et les prétentions des requérants ont été écartées.

Dans le monde de la doctrine, cette technique inquiète parce que le contrôle de la procédure l'emporterait sur le contrôle de la substance. Nonobstant les critiques doctrinales, le mouvement est en marche.

Il n'existe donc pas d'entrave à l'égard des politiques publiques déterminées par les représentants du peuple. Je dirais au contraire qu'il existe, dans la très grande majorité des cas, des validations des choix de politiques publiques, d'autant plus concernant les questions pour lesquelles la Cour accorde traditionnellement une large marge nationale d'appréciation.

Je vous renvoie aux politiques publiques économiques, de santé publique et de maîtrise des frontières. Un ensemble de contentieux montrent à quel point la déférence est de retour : l'affaire *Ali Meguimi contre France* concernant l'expulsion de terroristes, deux arrêts de 2019 et 2020 contre la Hongrie et l'Espagne concernant des demandeurs d'asile, l'arrêt *Savran contre Danemark* du 7 décembre 2021, concernant les migrants établis en Europe.

La déférence est d'autant plus de retour que les États, très habilement, jouent la tierce intervention à travers l'article 36. La conférence intergouvernementale et la déclaration de Copenhague en 2018 ont fortement incité les États à défendre dans le temps du procès leur point de vue et leurs intérêts. Une telle utilisation de l'article 36 produit des résultats.

Ce que vous appelez l'activisme judiciaire, et que nous appelons l'interprétation évolutive, peut encore se manifester dans la jurisprudence de la Cour, au nom de la protection des droits, pour certaines questions qui ne génèrent pas trop de conflits au sein des sociétés. Néanmoins, c'est devenu l'exception.

Aujourd'hui, la Cour tente, avec beaucoup de difficultés et d'équilibre, de sauver l'essentiel, à savoir la protection des droits dits « indérogeables » (droit à la vie, prohibition de la torture et de l'esclavage ou encore protection de la liberté et de la sûreté), et la préservation du socle élémentaire démocratique de nos sociétés, qui se trouvent en de très mauvaises mains à l'est du continent. Préserver la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice est devenu fondamental pour la CEDH comme pour la CJUE. Je vous renvoie ici à l'arrêt *Gudmundur Andri Astradsson contre Islande* du 1^{er} décembre 2020, qui est absolument majeur en la matière.

Parallèlement à sa mission de sauver l'essentiel, la Cour doit également assurer sa survie car elle croule sous les affaires. Elle a donc développé toute une série de techniques pour organiser le reflux du contentieux.

Mme Diane Fromage, chercheuse individuelle Marie Sklodowska-Curie à Sciences Po. – Je vous remercie de cette opportunité d'apporter quelques éléments. Mon intervention se concentrera sur les questions de droit de l'Union européenne, qui sont ma spécialité.

Concernant la question générale de la place croissante des juridictions nationales et européennes dans la production de la norme, il est indéniable que le rôle du juge national et européen a toujours été absolument primordial pour le bon fonctionnement du processus d'intégration européenne. En effet, les traités européens ne pouvaient prévoir tout ce qui était nécessaire au bon fonctionnement des Communautés européennes d'alors. En outre, le projet d'intégration européenne a évolué d'une façon qui n'était pas prévue dans les années 1950. Je ne constate donc pas, moi non plus, de position abusive du juge qui a consacré les principes de primauté, d'effet direct ou les principes généraux du droit européen.

Le changement crucial se situe dans le fait que l'Union européenne intervient dans des domaines qui se rapprochent de plus en plus des questions de souveraineté. Je pense ici aux questions des droits de l'homme ou même à des questions monétaires et économiques comme l'union bancaire.

Nous constatons également, à la suite des diverses crises (économique, migratoire, etc.) que nous avons connues depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, que l'Union européenne agit de façon différente, même dans les domaines où elle était déjà active. Je pense notamment à sa politique monétaire qui, par l'introduction d'instruments de politique monétaire non conventionnelle, a des conséquences en matière économique et affecte donc les domaines de compétences toujours réservés aux États membres. Cette évolution a conduit les juges nationaux et européens à agir différemment par rapport à ce qui avait été leur rôle au début de l'intégration européenne.

En outre, il est évident que la diversité et la différenciation ont été croissantes parmi les États membres, notamment du fait des différents élargissements, ce qui a amené le juge à devoir trancher sur l'interprétation du projet commun.

Nous pouvons nous demander quel devrait être le rôle du juge européen et nous interroger sur les principes de primauté et d'identité constitutionnelle, qui ont donné lieu à des frictions entre juges nationaux et européens. Les débats concernant ces principes se sont développés ces dernières années, même si nous pouvons considérer que certains juges nationaux les ont utilisés abusivement. Je pense ici à la question de l'identité constitutionnelle.

Cette évolution est liée à l'augmentation du nombre d'États membres et à la diversité au sein de l'Union européenne qui en découle. La question de l'intervention de l'Union dans de nouveaux domaines est également à mentionner, de même que les tensions liées aux diverses crises qu'elle a connues, qui ont peut-être réduit les ressources disponibles pour les États membres ce qui peut induire une contestation accrue du domaine de l'action européenne.

Je pense que ce débat est aussi utile que menaçant pour la construction européenne et qu'une réflexion concernant notamment les lacunes existant dans le droit primaire est indispensable. Baptiste Bonnet nous rappelait qu'il est peut-être nécessaire de songer à une réforme des traités, qui ne semble pas être à l'ordre du jour. Les traités, pensés il y a vingt ans, sont, par certains aspects, inadaptés à l'Union européenne et au contexte global que nous connaissons aujourd'hui.

Toutefois, ce débat constitue aussi une menace dans un contexte d'euroscpticisme croissant, notamment parce que certains juges nationaux cherchent à s'appuyer sur ces principes pour les détourner et contrer l'Union européenne. Nous pouvons ici penser à l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle allemande qui, en pleine pandémie, a appliqué le principe européen de proportionnalité selon la tradition allemande et non selon la tradition européenne. Cet arrêt est allé à l'encontre de la décision du juge européen qui, seul, peut décider de la légalité au sein de l'Union.

En ce sens, le dialogue entre juges nationaux et européens est essentiel pour définir ces notions et la place du droit européen, que ce dialogue ne saurait toutefois remettre en cause. Les États membres ont pris un engagement en ratifiant les traités, promettant ainsi de s'acquitter de certains devoirs et de respecter les valeurs de l'Union, parmi lesquelles celles de l'État de droit qui est une pierre angulaire du bon fonctionnement de l'Union européenne et que le juge européen doit défendre.

En cas de désaccord, nous pourrions imaginer que le juge national repose une question au juge européen, plutôt que d'essayer d'interpréter à sa manière la réponse obtenue du juge de Luxembourg. Il existe un exemple où le juge constitutionnel italien n'a pas hésité à retourner à Luxembourg, n'étant pas satisfait de l'interprétation donnée par la CJUE.

Concernant le rôle des parlements nationaux et le contrôle de subsidiarité, je rappelle tout d'abord que le principe de subsidiarité est tant défensif qu'offensif vis-à-vis de l'Union européenne. Ce principe n'est pas simplement à interpréter en faveur des États membres car il peut régulièrement être interprété en faveur de l'action de l'Union. Tel que le rappelle l'article 5 paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne, le principe de subsidiarité est respecté lorsqu'il existe une valeur ajoutée de l'action européenne pour atteindre l'objectif défini et que les États membres sont dans l'impossibilité d'atteindre cet objectif. L'application du principe de subsidiarité peut donc se faire tant au détriment des compétences nationales qu'à leur avantage.

La pratique du contrôle de subsidiarité, telle qu'elle a existé depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, me semble plutôt positive. En effet, le contrôle a gagné en efficacité et a permis « l'eupéanisation » des parlements nationaux, lorsque celle-ci n'avait pas déjà eu lieu auparavant. Certains parlements nationaux n'avaient pas l'habitude d'examiner et de

suivre les propositions législatives européennes quand ces dernières étaient débattues à Bruxelles. En introduisant le mécanisme de manière précoce, les États membres ont finalement incité les parlements nationaux à s'occuper davantage des questions européennes.

Toutefois, le contrôle de subsidiarité requiert de nombreuses ressources, notamment du temps, alors qu'il comporte finalement peu de garanties pour les parlements nationaux. En effet, même lorsqu'ils parviennent à décerner un « carton jaune », la Commission est libre de décider de maintenir, d'amender ou de retirer sa proposition. Aucune obligation ne pèse sur elle, en dépit des efforts exigés des parlements nationaux pour prendre position sur la subsidiarité et atteindre les seuils que certains jugent trop élevés.

Vous souhaitez savoir si les conditions permettant le déclenchement de ce « carton jaune » sont inadaptées.

Le délai de huit semaines accordé aux parlements nationaux pour effectuer le contrôle de subsidiarité est certes court. Toutefois, si un travail de filtre, notamment sur la base du programme de travail de la Commission, a été effectué en amont et s'il existe une coordination adéquate entre parlements nationaux, notamment par le biais de leurs représentants à Bruxelles, le délai de huit semaines semble moins difficile à respecter.

Les seuils peuvent sembler élevés mais le fait que nous n'ayons reçu que trois « cartons jaunes » depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne relève également de la menace que constitue le mécanisme d'alerte précoce, qui incite la Commission à être plus attentive au respect du principe de subsidiarité. Le faible nombre de cartons jaunes que nous avons reçu depuis 2009 peut être perçu comme le signe d'un respect du principe de subsidiarité, et non comme un échec du mécanisme en lui-même.

En outre, la Commission européenne ne se limite pas à l'examen détaillé des propositions ayant fait l'objet d'un « carton jaune ». Depuis quelques années, dans son rapport annuel sur la subsidiarité et les relations avec les parlements nationaux, elle fait également état des propositions ayant reçu un certain nombre d'opinions motivées.

Par ailleurs, le dialogue politique est prometteur pour les parlements nationaux puisqu'il leur permet de s'exprimer sur n'importe quel aspect de la proposition législative, à tout moment et de leur plein gré. Il s'agit des fameuses opinions sur initiative propre des parlements nationaux. Toutefois, dans la mesure où ce mécanisme n'est pas formalisé dans les traités, nous pouvons regretter que l'obligation de la Commission vis-à-vis des parlements nationaux soit assez limitée. L'absence de garantie, pour les parlements nationaux, peut être source de frustration.

Pour que le dialogue politique soit plus efficace, il faudrait que la tendance que nous observons depuis quelques années – à savoir que les parlements font part de leurs opinions lors de la phase de consultation ou

dans le cadre du programme REFIT qui conduit la Commission à examiner la pertinence des textes législatifs déjà en vigueur – se poursuive.

Par ailleurs, la possibilité de recours prévue à l'article 88-6 de la Constitution n'est pas une nouveauté. Le principe de subsidiarité est un principe général du droit de l'Union européenne depuis 1992 et pouvait déjà, à ce titre, faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice. Avant même l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Bundestag allemand avait essayé de demander à son gouvernement de présenter un recours devant la Cour de Luxembourg. Il s'agit finalement d'une reconnaissance expresse de cette possibilité et non d'un élément nouveau.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Le Bundestag allemand avait-il demandé ou effectué ce recours ?

Mme Diane Fromage. – Le Bundestag a demandé ce recours, qui n'a pas abouti.

L'opportunité d'inaugurer la mise en œuvre du deuxième alinéa de l'article 88-6 de la Constitution, évoquée dans le questionnaire, ne me semble pas pertinente aujourd'hui. En premier lieu, j'imagine difficilement un cas où le non-respect de la subsidiarité justifierait d'aller devant le juge de Luxembourg. En deuxième lieu, même si le contrôle du respect du principe de subsidiarité effectué par le juge de Luxembourg est désormais plus approfondi, il me semble que juger du respect de la subsidiarité n'est pas du ressort du juge. En troisième lieu, la Commission a effectué de nombreux efforts pour respecter la subsidiarité, notamment avec la *task force* sur la subsidiarité, l'initiative « Mieux légiférer » et l'introduction de la grille de subsidiarité.

Inaugurer la mise en œuvre du deuxième alinéa de l'article 88-6 de la Constitution représenterait plutôt un risque de détournement de la procédure, éventuellement à des fins politiques de la part de certains parlements. Un tel détournement avait eu lieu avec le mécanisme d'alerte précoce dans le cas du troisième « carton jaune », où il n'y avait pas de problème de subsidiarité mais bien une opposition politique de certains gouvernements d'Europe de l'Est.

La question du « carton vert » est très prometteuse et devrait retenir l'attention des parlements nationaux à l'avenir. Le « carton vert » permet à ces parlements de contribuer au bon fonctionnement de l'Union européenne mais constitue également, pour la Commission européenne, une façon d'accroître sa légitimité. En effet, les parlements nationaux sont les mieux placés pour détecter les lacunes dans la mise en œuvre des textes législatifs européens existants et les besoins pouvant surgir au niveau national à partir des législations européennes.

Trois essais de « carton vert » ont eu lieu. Au sein de la Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires (COSAC), il avait été question des seuils applicables. Je crois que la COSAC et

l'InterParliamentary EU information eXchange (IPEX) doivent être utilisés comme outils de coordination. Mais le « carton vert » ne doit pas devenir un mécanisme trop rigide – comme cela avait été le cas avec le mécanisme d’alerte précoce – puisque ce qui importe est de passer un message politique à la Commission européenne.

Une évolution du rôle des parlements nationaux peut avoir lieu par le biais du dialogue politique. Les parlements nationaux devraient s’impliquer en amont, et non lorsqu’une proposition législative européenne a déjà été rédigée. En effet, tel que nous l’imposent les traités dans le cadre du mécanisme d’alerte précoce, la Commission européenne ne peut modifier le texte législatif que sur la base de la subsidiarité. À ce moment-là, il n’est plus possible d’apporter une autre modification. Cela supposerait que les parlements nationaux soient plus proactifs, ce qui est souhaitable au niveau des institutions européennes, du Parlement européen mais aussi vis-à-vis de leurs gouvernements, et donc indirectement du Conseil. En outre, les parlements nationaux pourraient explorer la piste d’une coopération interparlementaire renforcée.

Mme Hélène Gaudin, professeure de droit public à l’Université Toulouse I Capitole – Je vous remercie de m’avoir convié à cette table ronde. Je suis ravie que le Sénat se préoccupe du droit européen, plutôt mal connu et, de ce fait, critiqué. Il serait bénéfique que tous nos jeunes étudiants et juristes puissent connaître le droit européen et l’utiliser.

Je ne partage pas votre diagnostic selon lequel les juridictions nationales et européennes joueraient un rôle grandissant dans la production de la norme. Je ne suis pas certaine que la place des juridictions nationales et européennes soit aussi importante que ce qui est dit dans les médias.

Nous nous situons à un tournant, dans une phase de remise en cause des acquis de l’après Seconde Guerre mondiale, à savoir la protection des droits de l’homme par des juridictions, des textes constitutionnels et européens, la construction de l’Europe, la place du juge afin d’éviter la répétition des atrocités qui avaient été permises par une démocratie déviante ou déviée. Nous devons être très vigilants sur ces questions et notamment sur la place du juge.

Concernant la place du juge dans la prise de décision politique, nous devons être conscients que notre vision ne peut être purement française. Tous les États membres de l’Union européenne n’ont pas forcément la même conception du rôle du juge. Des États proches de nous, comme l’Allemagne, envisagent des juridictions beaucoup plus puissantes. Or dans notre imaginaire français, la place du juge est relativement mineure, ce qui est bousculé par les juridictions européennes, et notamment par la CJUE qui est une juridiction puissante.

La question est paradoxale car la CJUE et la CEDH ne participent pas à la prise de décision. Finalement, ces juridictions ne viennent qu’exercer

leur rôle, c'est-à-dire empêcher, censurer, voire orienter la prise de décision à la lumière de leurs jurisprudences mais elles ne jouent en aucun cas le rôle de conseil que peut avoir le Conseil d'État en droit français. Leur rôle est donc le rôle propre de la juridiction, à savoir le contrôle. Nous devons avoir conscience de cette perspective qui est la nôtre en tant que juristes français.

Je ne partage peut-être pas l'absolutisme de votre diagnostic parce qu'il nous fait tomber dans cette idée d'un « gouvernement des juges », qui est davantage un épouvantail qu'une réalité. Cette expression ne me semble pas correspondre à la réalité puisque nous constatons, notamment au regard de la crise sanitaire, la marge de manœuvre des institutions politiques par rapport aux juridictions nationales et aux juges européens. Les juges se prononceront peut-être plus tard mais ils n'ont pas empêché la prise de décision politique.

Concernant la primauté du droit de l'Union européenne, nous devons éviter de tomber dans la logique du conflit et toujours privilégier le dialogue. La Cour de justice n'est plus du tout dans la logique de l'arrêt *Simmenthal* de 1978 de la primauté générale et absolue. Elle a subi de nombreux coups de boutoir et a assoupli sa jurisprudence, même si le principe demeure puisqu'il constitue le ciment du droit de l'Union européenne. Le débat sur la primauté a toujours existé mais il retrouve une certaine forme de violence, liée à l'existence de régimes illibéraux dans certains États d'Europe centrale et orientale.

Du point de vue du droit de l'Union, cette violence est due à une extension des compétences de l'Union dans des domaines régaliens et souverains, tels que la monnaie, le mandat d'arrêt européen, l'asile, la protection des droits fondamentaux ou encore la citoyenneté de l'Union. Ces questions relativement nouvelles, intégrées dans les compétences de l'Union, viennent heurter certaines conceptions nationales.

Je voudrais cependant rappeler que cette extension de compétences a été le fait des traités et que les États ont été d'accord pour intégrer la citoyenneté de l'Union, le mandat d'arrêt ou encore la monnaie dans les traités. Cette extension de compétences n'est pas le fait du juge.

La seule question que nous pourrions nous poser est que la Cour de justice applique sur ces nouveaux domaines des logiques jurisprudentielles qu'elle a construites sur le marché intérieur depuis les années 1960-1970. Une réflexion plus importante devrait éventuellement être menée de sa part pour reconsidérer ces jurisprudences antérieures, avec des raisonnements peut-être un peu différents, afin de mieux tenir compte des susceptibilités nationales sur des domaines différents de ceux qu'elle a gérés jusqu'à maintenant.

Concernant la possibilité que les contestations de la primauté du droit de l'Union menacent l'édifice européen, il est nécessaire de distinguer deux situations totalement opposées.

Depuis l'origine des Communautés européennes, les États n'ont pas toujours respecté le droit communautaire. Le manquement sert à sanctionner cela et nous savons qu'il n'a pas toujours entraîné des conséquences très rudes pour les États non respectueux du droit communautaire et maintenant du droit de l'Union européenne. Que l'État français ne respecte pas la directive sur le temps de travail pour les militaires constitue une violation du droit de l'Union. Toutefois, il s'agit d'une violation ponctuelle qui ne remet pas en cause le fondement même de l'Union européenne.

En revanche, lorsque des États comme la Pologne ou la Hongrie remettent en cause la primauté du droit de l'Union en contestant la jurisprudence de la CJUE de manière globale, il s'agit d'une remise en cause grave et menaçante de l'Union européenne car ces États ne veulent pas vivre dans l'Union européenne avec les règles qu'ils ont pourtant acceptées au moment de leur adhésion. Si ces États ne veulent pas respecter les règles, la seule solution est peut-être de sortir de l'Union. Il est inutile de rester dès lors que l'on ne respecte plus les règles du jeu. La Hongrie a envisagé son retrait, certainement dans une démarche politique, ce qui me semble être la conséquence logique quand un pays ne veut plus appartenir à un groupe ni respecter ses règles.

Concernant l'arrêt *Quadrature du net* de 2020 portant sur la protection des données à caractère personnel, suivi par un arrêt du Conseil d'État, et l'arrêt *B. K.* de 2021 sur le temps de travail des militaires, vous trouverez peut-être ma position provocatrice mais il me semble que la Cour de justice a été plutôt nuancée.

L'arrêt sur la protection des données à caractère personnel d'octobre 2020 peut être comparé avec l'arrêt *Privacy International*, rendu le même jour en Grande Chambre. Pour la *Quadrature du net*, l'article 4 paragraphe 2, du traité portant sur la protection de la sécurité nationale, a été évoqué, ce qui montre que la Cour de justice est capable de revenir sur ses jurisprudences extrêmement protectrices en matière de données à caractère personnel. La Cour a donc entendu les représentants des États, notamment de la France et de la Belgique, et elle a pris en considération la nécessité de protéger la sécurité nationale et la marge de manœuvre pouvant appartenir aux États. Dans l'arrêt *Privacy International*, l'article 4 paragraphe 2 n'a pas été invoqué et le Royaume-Uni a pris de plein fouet la jurisprudence de la Cour de justice. Quand il existe un argumentaire cohérent que la Cour de justice peut entendre, elle peut faire évoluer sa jurisprudence.

J'ai été tout à fait étonnée par l'audience qu'a reçue l'arrêt *B.K.* en France, avec des commentaires politiques assez virulents. Il faut, là encore, lire cet arrêt en remarquant la série de dérogations à la directive admises par la Cour de justice au profit des États quant au temps de travail des militaires. Si nous devons être inquiets, ce serait peut-être plutôt que la Cour de justice ait réécrit la directive à la lumière de l'article 4, paragraphe 2 en autorisant une série d'exceptions qui ne sont pas prévues. Au vu du texte de la

directive, la Cour de justice ne pouvait pas aller plus loin dans les exceptions, sauf à dire que la directive ne s'applique pas aux militaires. Or la directive s'applique bien aux militaires.

L'instruction provisoire de 2016 relative au repos physiologique journalier des gendarmes, présentée à la Commission européenne dans le cadre d'une pré-procédure de manquement, vise bien la directive 2003/88/CE et elle a été prise « dans l'attente d'un décret d'application de cette directive ». En 2016, il avait donc bien été prévu que la directive devait être transposée. Pourquoi nous dit-on, tout à coup, que cette directive ne peut plus être transposée ? Comment le ministère peut-il indiquer qu'il ne peut pas décompter le temps de travail des militaires, comme il l'a indiqué au Conseil d'État dans l'affaire dite « Bouillon » du 17 décembre 2021 ? Cela semble assez étonnant.

Par ailleurs, la notion d'État de droit constitue en effet une nouveauté dans le droit de l'Union européenne et dans la jurisprudence de la Cour de justice, où elle apparaît en 2018 dans une question des juges de la Cour des comptes portugaise puis plusieurs fois concernant la Pologne, avec une procédure entamée devant la Commission européenne.

Cet élément est très important car il me semble constituer un tournant. En effet, pour la première fois, nous voyons un État condamné en manquement pour violation des valeurs de l'Union et des articles 2, 19 ou 47 du traité, qui concernent l'État de droit et la place du juge. Ces arrêts apportent une protection au juge. Cette utilisation de la procédure en manquement est tout à fait nouvelle. Il est vrai que des changements ont existé, avec notamment l'introduction de l'article 2 dans le traité, affirmant les valeurs communes à l'Union européenne et à ses États membres.

Nous pouvons par ailleurs regretter la substitution d'une sanction juridictionnelle à une sanction politique, qui était celle de l'article 7 du traité sur l'Union européenne. Cette procédure ne fonctionne pas pour des raisons simples de majorité car il suffit que d'autres États se sentent menacés pour bloquer toute perspective de sanction politique. Si une réforme du traité était à mener, cette question de l'article 7 devrait être revue.

Le juriste Jean Rivero disait qu'il faut toujours apprécier ce que les nouveautés jurisprudentielles apportent au droit et aux justiciables. Je dirais que, concernant la violation des valeurs de l'État de droit, il s'agit d'une avancée réelle car un regard d'une juridiction externe est porté sur des violations graves de certains principes communs, notamment l'indépendance des juges. Qui pourrait sanctionner ces violations hormis la CJUE et la CEDH ? La souveraineté ne signifie pas faire n'importe quoi et porter atteinte à l'indépendance des juges. Cette nouveauté jurisprudentielle concernant la violation des valeurs de l'État de droit est favorable aux justiciables et aux libertés et droits fondamentaux.

Cette succession de condamnations en manquement de la Pologne est satisfaisante mais constitue presque aussi un aveu de faiblesse. Si un État ne veut pas respecter la condamnation en manquement, notre capacité d'action est limitée. Condamner en manquement et au paiement d'astreintes relève du pouvoir du juge. Toutefois, la Pologne n'a pas dit qu'elle payerait l'astreinte dans cette affaire. Ce signe de faiblesse devrait conduire à envisager des évolutions.

Dans l'affaire polonaise, la Cour de justice a été saisie de questions préjudicielles par les juges polonais, dont il faut lire les demandes. Dans l'affaire *Miasto Lowicz*, qui est une question préjudicielle d'un juge polonais à la Cour de justice, nous voyons un appel à l'aide des juges polonais contre les actions de leur gouvernement. Il faut lire les conclusions de l'avocat général, et ce que demandent les juges polonais. Au sein d'un État membre de l'Union européenne, des juges sont sanctionnés car ils appliquent le droit de l'Union, ce qui est hallucinant ! Personne ne semble s'en préoccuper vraiment, sauf à dire que la Cour de justice maltraite le gouvernement polonais et va à l'encontre de la souveraineté.

Concernant le parlement national, il me paraîtrait bénéfique que nous utilisions enfin la saisine de la Cour de justice sur le contrôle du principe de subsidiarité. La procédure n'étant pas très claire, un travail est à effectuer sur cette question.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je cède la parole à M. Philippe Bonnecarrère afin qu'il pose une première série de questions.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Quelles seraient les différences dans le système juridique européen si l'Union européenne devenait demain une union fédérale ? Nous savons bien que l'Europe n'est pas une confédération d'États-nations. Imaginons, pour les besoins du raisonnement qu'il y ait un accord de tous les pays pour une modification des traités et que nous créions une Europe fédérale. Quels seraient alors les changements dans notre système juridique ? N'avons-nous pas une forme de découplage entre un système juridique déjà fédéral et un système institutionnel qui ne l'est pas ?

Qui peut intervenir sur la répartition des compétences de l'Union européenne ? Quel peut-être le rôle des parlements à ce niveau ? Si nous estimons, pour les besoins du raisonnement, que l'Union intervient en dehors de ses compétences et du cadre du traité, quel est le moyen dont nous disposons ? En d'autres termes, qui cadre les compétences de l'Union européenne ? Comment un État et un parlement national peuvent-ils intervenir ? S'il existe un recours, avez-vous des exemples où la Cour de justice de l'Union européenne aurait été amenée à considérer que la règle de subsidiarité ou les compétences n'étaient pas respectées ? La Cour dit-elle systématiquement que la règle de subsidiarité est respectée et que l'Union

apporte une valeur ajoutée sur le sujet concerné ? Que penser en somme du contrôle *ultra vires* et du contrôle de subsidiarité ?

Pouvez-vous nous dire quelques mots ensuite du sujet de la légitimité, qui constitue un impensé pour nos concitoyens ? Nos concitoyens n'ont pas très bien vu à quel moment ils ont confié à la CEDH le contrôle de l'ensemble du champ sociétal. À quel moment le citoyen français ou européen a-t-il été conscient qu'il avait donné une primauté au droit européen sur nos règles constitutionnelles, alors que son esprit est bercé depuis toujours par l'idée que la Constitution est la norme juridique supérieure ? Nous adorons nos juges et nous comprenons l'importance de l'État de droit. Toutefois, qu'est-ce qui donne à un juge la légitimité de trancher des sujets importants pour les citoyens ?

Mme Diane Fromage. – La subsidiarité ne s'applique que dans le champ des compétences non exclusives de l'Union européenne. Il s'agit de savoir, dans ces domaines, qui de l'Union européenne ou des États membres peut agir mais il ne s'agit pas de redéfinir les compétences. Concernant les questions économiques et monétaires, la question que vous soulevez porte sur la place du juge mais aussi sur celle de l'expertise technique.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Quelle est la marge de manœuvre d'un membre du Parlement français s'il constate que l'Europe intervient hors des compétences lui ayant été confiées par les traités ?

Mme Diane Fromage. – Ce parlementaire devrait déjà s'adresser au Conseil, qui a le pouvoir de décision dans le mécanisme européen. La Commission ne proposera un texte législatif que si elle sait que le Conseil ou les États membres ne s'y opposeront pas. Très peu de recours ont traité de la question de la subsidiarité, à la différence des cas relatifs au principe de proportionnalité. Mais la Cour de justice a déjà considéré que l'Union avait agi en dehors de ses compétences.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Pourriez-vous nous communiquer quelques références ?

Mme Diane Fromage. – Absolument.

Pour réinsuffler une légitimité à l'Union européenne, il faudrait d'abord utiliser tous les canaux de participation à notre disposition avec, notamment, une participation accrue des parlements nationaux. En outre, le rôle de ces parlements devrait bénéficier d'une meilleure reconnaissance dans l'Union. Au niveau national, un suivi continu des textes législatifs serait vraiment utile pour insuffler une légitimité, de même que davantage de débats, un meilleur contrôle des réunions du Conseil de l'Union européenne et un meilleur dialogue au niveau national, éventuellement avec les autorités infranationales.

Mme Hélène Gaudin. – Ces questions font partie des plus épineuses du droit de l'Union européenne car elles concernent la nature même de l'Union.

L'Union européenne est une union fédérale avec un découplage entre ordre juridique et système institutionnel, avec un ordre juridique particulièrement efficace sous la houlette de la Cour de justice et un système institutionnel, beaucoup moins fédéral, qui laisse une place prépondérante aux États. Toutefois, je ne suis pas sûre que le modèle fédéral, tel qu'il existe aux États unis, soit le modèle de l'Union européenne à court et à moyen terme.

Il faut rappeler que la Cour de justice ne prétend pas invalider les législations nationales. Tout comme elle demande aux juridictions nationales de ne pas invalider un acte de droit dérivé de l'Union européenne, la Cour de justice s'est toujours refusée à dire qu'elle censurerait la loi nationale dans sa jurisprudence. Il est nécessaire de distinguer le pouvoir du juge national et le pouvoir de la Cour de justice.

Si nous nous situons dans cette logique du fédéralisme – et non de l'État fédéral – le principal contre-pouvoir face à la Cour de justice est incarné par les juridictions constitutionnelles nationales, qui s'opposent à la Cour de justice et peuvent la faire revenir en arrière. L'affaire italienne *Taricco* constitue un exemple. En cas de dialogue rugueux entre la Cour de justice et les juges constitutionnels nationaux, la Cour de justice peut effectuer un revirement de jurisprudence.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Admettez-vous que notre système juridique européen est aujourd'hui un système fédéral ?

Mme Hélène Gaudin. – L'inspiration est fédérale mais notre système juridique ne repose pas sur un modèle d'État fédéral.

Par ailleurs, la répartition des compétences est une nouveauté du traité de Lisbonne et doit être respectée. Un État peut se manifester lorsque du droit dérivé est élaboré. Il peut invoquer l'article 4, paragraphe 2 relatif à l'identité nationale des États membres, ce qui pourrait être tout à fait entendu.

S'agissant du contrôle, il faudra essayer d'utiliser devant la Cour de justice la procédure de l'article 88-6, qui se greffe sur le recours en annulation, quand l'occasion se présentera.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Concernant l'article 88-6 de notre Constitution, pensez-vous qu'un parlement pourra un jour tenter sa chance, non seulement sur le terrain du contrôle de subsidiarité mais aussi sur le terrain de la répartition des compétences ? Une modification des traités est-elle nécessaire ?

Mme Hélène Gaudin. – Si l'article 88-6 permet le contrôle de subsidiarité, il peut à mon avis *a fortiori* permettre le contrôle de la

répartition des compétences. La subsidiarité étant liée aux compétences, nous pouvons tout à fait envisager d'entendre l'utilisation de cet article à la répartition des compétences. Je serais intéressée d'entendre le point de vue de la Cour de justice sur ce point.

Par ailleurs, concernant la légitimité, il me semble que nous ne pouvons pas dire que nous n'avons jamais accepté ce transfert, notamment pour le droit de l'Union européenne. Des déclarations annexées aux traités indiquent que les États acceptent la primauté telle qu'elle a été définie par la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Costa contre Enel*. La primauté est inscrite dans le traité de Lisbonne et l'adhésion à l'Union implique d'accepter l'acquis communautaire ainsi que la juridiction de la Cour de justice.

M. Baptiste Bonnet. – Il faut arrêter de vouloir apposer sur l'Union européenne des modèles étatiques. C'est la raison pour laquelle le traité établissant une Constitution pour l'Europe était une erreur. Le modèle de l'Union européenne est *sui generis* et assumé comme tel. Il faut admettre qu'il s'agit d'un OVNI juridique dans lequel il ne faut pas vouloir faire entrer de force des conceptions constitutionnaliste. Le système est bien sûr fédéral mais pas au sens où nous pouvons l'entendre habituellement.

L'article 88-6 de la Constitution donne la possibilité d'aller vers la Cour pour lui demander si la répartition des compétences s'opère convenablement. Si, à ce stade, la représentation nationale veut saisir la CJUE, elle doit utiliser des arguments qui puissent être entendus politiquement mais qui soient aussi judiciaires sur le plan juridique. Pour ce faire, il faut bien lire la jurisprudence de la Cour de justice. Au sujet du temps de travail des militaires et de la question des données de connexion, la lecture de la doctrine et de certaines réactions fait penser qu'il aurait fallu lire les précédents arrêts de la Cour. Dans les deux cas, une jurisprudence assez longue et antérieure laissait anticiper l'issue vers laquelle nous nous dirigeons.

Je suivrais avec intérêt la démarche d'un parlement national qui saisirait la Cour de justice sur le terrain de l'article 88-6 en indiquant que la subsidiarité ou la répartition des compétences n'ont pas été respectées. J'aimerais également savoir avec quels arguments ce parlement saisira la Cour de justice et ce que cette dernière en dira. Je vous conseille de tenter d'utiliser cet article.

La légitimité ne constitue pas du tout un impensé mais au contraire un pensé politique. Nous nous posons peu la question de la légitimité du juge constitutionnel ou des conseillers à la Cour de cassation ou au Conseil d'État. Nous devons sortir de cet impensé trop pensé de la légitimité du juge européen ou alors l'appliquer à l'ensemble des juges, ce qui remettrait en cause tout un système fondé sur un rôle du juge qui doit être encadré.

Quand, dans l'arrêt *Perruche*, la Cour de cassation a outrepassé ce que le législateur considère comme sa mission, le législateur a été capable de marquer un coup d'arrêt. Si cela arrive un jour avec le Conseil constitutionnel, j'imagine que le constituant sera également capable de fixer des limites. C'est le principe de l'équilibre permanent.

Nous devons arrêter avec la problématique de la légitimité, sans parler du fait que c'est le Parlement qui a permis la ratification du traité de Lisbonne. Ainsi, si le Parlement est légitime, le traité de Lisbonne l'est aussi. Par ailleurs, si vous interrogez nos concitoyens sur la primauté, ils ne sauront pas de quoi vous parlez.

Enfin, il ne faut pas exagérer en disant que la CEDH serait aujourd'hui l'arbitre suprême de toutes les grandes questions de société. Sur la plupart des sujets, la France agit à peu près comme elle le souhaite, à sa façon. Parfois, effectivement, la Cour rappelle que l'adoption d'un enfant par un parent homosexuel ne pose pas de problème en soi, que l'état civil doit être en compatibilité avec le genre ou que l'enfant né d'une mère porteuse doit avoir des droits en droit national, ce qui peut sembler évident dans une société démocratique.

Mme Laurence Burgogue-Larsen. – Nous ne sommes pas dans un État fédéral. Depuis Jean Bodin, nous savons que la souveraineté est faire la loi, battre monnaie et faire la guerre. Or l'Union européenne n'a pas la capacité de faire la guerre car elle n'a pas d'armée.

En revanche, nous sommes dans un système fédéral. Ce sont les *Länder* allemands qui ont plaidé, en 1992, en faveur de la logique du principe de subsidiarité et de la répartition des compétences. Inquiets de voir l'extension des compétences de l'Union, les *Länder* allemands ont réalisé du lobbying, au moment des négociations, pour que des principes d'articulation fédéraux soient intégrés au sein de l'Union afin de préserver *in fine* leurs compétences.

Je suis assez étonnée que vous pensiez toujours réaction, et non anticipation. L'Allemagne ou encore l'Espagne, État composé de dix-sept communautés autonomes, ont su organiser la coopération loyale en leur sein afin de mieux agir au moment de l'adoption et de l'élaboration des lois. Il faudrait que la France s'adapte au XXI^e siècle. En France, nous ne sortons pas du fait majoritaire et de la Constitution de la V^e République. En dépit de la réforme de 2008, il existe toujours une chape de plomb et le Parlement n'est pas encore à la hauteur de ses responsabilités, pour diverses raisons. Les parlementaires doivent être davantage proactifs que réactifs.

Baptiste Bonnet a effectué une formidable présentation concernant la légitimité, à laquelle j'adhère.

Voudriez-vous que la Cour européenne et sa jurisprudence soient gelées dans le temps en 1950 ? Je suis personnellement heureuse que des juges européens des droits de l'homme – dont la légitimité relève de l'accord

initial des États ayant ratifié la Convention mais aussi des citoyens qui envoient des requêtes car ils souhaitent que la Cour s'engage en l'interprétant de façon moderne – créent, avec davantage de finesse et d'équilibre que l'on veut bien le dire, des ouvertures pour que les citoyens puissent se dire qu'ils vivent dans un État moderne.

Je suis heureuse de ne pas vivre aux États-Unis et de ne pas être sous la houlette d'une Cour suprême au sein de laquelle il existe des juges originalistes. Ces derniers interprètent la Constitution américaine au moment où elle a été élaborée, ce qui légitime par exemple le maintien du port des armes à feu. Une interprétation ultra-restrictive expose à ce type de délire.

J'ai confiance en une belle expression de Guy Canivet : « la bénévolence des juges ». Ces derniers sont responsables et ne font pas n'importe quoi. Je constate une espèce d'obsession sur les questions de société, qui représentent une infime partie du contentieux européen. Les chiffres du rapport annuel de la CEDH pour 2021 montrent que l'article le plus souvent invoqué est l'article 6, relatif au procès équitable et à la durée de la procédure. En effet, l'article 6 concerne près de 600 arrêts sur les plus de 1 000 arrêts rendus en 2021.

Nous devons donc raison garder sur cet impensé, qui est en réalité un pensé.

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Vous évoquez un processus démocratique engendré par les États, agissant au nom d'une expression majoritaire dans leur pays au fur et à mesure de ces constructions et évolutions.

Vous faites référence à différents États qui n'ont pas la culture du fait majoritaire et sont plutôt dans une culture du dialogue et de la construction. Nous le voyons au lendemain des différentes élections que peuvent connaître ces États. Dans la culture française, il serait incompréhensible qu'il faille deux ou trois mois pour parvenir parfois à des coalitions qui semblent improbables.

Vous dites que les parlementaires français manquent quelque peu d'ambition et qu'ils subissent davantage qu'ils n'agissent.

Je tiens à redire qu'il n'y a pas d'attaque en règle contre les juges à travers cette mission mais bel et bien le constat d'une crise démocratique. En tant que femmes et hommes politiques, nous ne pouvons pas rester indifférents au fait que nos concitoyens se désintéressent de la chose publique.

Le fait que des citoyens mais également des groupes politiques – minoritaires le plus souvent – préfèrent aller régler en justice des problèmes qui sont du ressort de la démocratie, au sens premier du terme, est peut-être un aveu de la difficulté qui est la nôtre. Même si des éléments de régulation

existent à l'échelle européenne, ce recours systématique à une judiciarisation pour décider et construire le commun peut-il nuire aux différentes institutions judiciaires ?

Beaucoup de nos concitoyens ont le sentiment que ce n'est plus le Parlement qui fait la loi mais des décisions venues d'ailleurs. À partir de là, tout discours populiste, parfois dangereux, trouve sa place et s'immisce dans ce vide de légitimité, qui est peut-être lié à notre histoire.

Mme Hélène Gaudin. – Il existe une crise de la démocratie qui n'est pas liée au juge. Le très fort niveau d'abstention me semble constituer l'origine même de notre crise démocratique. Les élus mènent leur politique sans obtenir l'assentiment d'une majorité. Il faudrait vraiment se préoccuper de ce réel problème de notre démocratie.

Dans ce contexte, le juge national ou européen semble être la dernière arme pour exprimer ses revendications et protestations. Le fait de laisser les justiciables s'exprimer auprès du juge me paraît constituer un élément positif pour la démocratie. Le problème est que, lorsque le juge statue sur des questions personnelles qui font jurisprudence, nous voyons apparaître une société de l'individualisme davantage qu'une société de l'intérêt général. Toutefois, ce n'est pas la faute du juge et c'est même presque sa fonction.

Mme Laurence Burgogue-Larsen. – Cette question est grave et complexe. Nombre d'auteurs – politistes, économistes ou encore juristes – constatent une crise de la démocratie représentative. Devant cette crise de la représentation, où même les représentants du peuple ne sont plus considérés par les peuples comme leurs dignes et fidèles représentants, le centre névralgique de la démocratie se déplace vers l'exécutif, dont l'omnipotence perdure et participe de la crise, et vers le juge. Ce dernier représente l'ultime recours et le tiers impartial.

Ce recours au juge peut en effet entraîner des effets dangereux et délétères à long terme.

Avant d'invoquer l'article 7 du traité, la Commission a tenté le dialogue pendant des années avec la Pologne, pendant que celle-ci continuait de porter atteinte à son système judiciaire et se moquait de la Commission. Quand la Commission et le Parlement ont activé l'article 7, nous savions bien que ce dernier était une « arme nucléaire » qui ne fonctionnerait pas, compte tenu de ses règles procédurales. Il en a résulté une impuissance du politique à l'échelle européenne, où tous les États au sein du Conseil et l'administration de la Commission ont été incapables d'agir ou ne l'ont pas voulu.

Le juge a alors été le seul à défendre l'État de droit. Je suis admirative de la créativité de la Cour qui, en utilisant des textes présents dans les traités, a défendu les valeurs communes à tous.

En revanche, ce recours au juge peut être en effet dangereux à terme car la Cour a comblé le vide et l'impuissance du politique. Elle s'est faite gardienne des valeurs, ce qui peut être dangereux à terme dans tout système, y compris national.

En France, il sera très difficile de corriger ce problème dans le cadre des institutions de la V^e République. Évidemment, les parlementaires travaillent mais ils sont pris dans un carcan de procédures et dans une tradition où le fait majoritaire écrase beaucoup d'initiatives. Cette histoire française fait que le Parlement n'est pas en mesure de se rebeller. Il est formidable que vous en soyez conscients et je suis sûre qu'il existe de nombreuses possibilités d'agir.

M. Baptiste Bonnet. – J'ai tendance à considérer que la Constitution de 1958 conduit à la situation qui est aujourd'hui celle de la démocratie française, à savoir le fait majoritaire. À moins de changer de Constitution, nous sommes dans un fait majoritaire et une situation de monisme, avec primauté du droit interne et respect de la règle *pacta sunt servanda*. N'en déplaise à ceux qui critiquent l'europanisation du droit ou qui considèrent que le système n'est pas assez démocratique, il s'agit de l'application de la Constitution de 1958. Je n'ai pas d'opinion sur le sujet mais je tenais à donner ces précisions.

Je suis gêné par ce discours sur la crise démocratique car je considère que, dans ces rapports au droit de l'Union européenne et au droit de la CEDH, le juge a aujourd'hui une position particulièrement équilibrée sur l'ensemble des sujets. Je voudrais vraiment qu'on me montre un exemple de juge qui dérape.

Regardons par exemple l'attitude du Conseil d'État sur les mesures liées à la Covid-19. Un très grand nombre de critiques du Conseil d'État ont été formulées alors que j'ai remarqué qu'il est demandé au Conseil d'État de porter l'État de droit sur ses épaules, après le Parlement. Au bout du compte, le juge administratif a fait ce qu'il devait faire sur la question en comblant les lacunes des textes et en prenant des décisions eu égard à un certain nombre d'éléments.

Je crois que l'élément démocratique est souvent invoqué précisément par ceux qui n'arrivent pas à se retrouver dans le fait majoritaire parce qu'ils ne parviennent pas à devenir la majorité. Le fait majoritaire a le mérite de la stabilité, d'éviter ce que nous pouvons voir en Italie et de permettre à la société française d'être une grande démocratie. J'ai tendance à considérer qu'on oublie de le dire.

Le Parlement joue son rôle et je ne le trouve pas si absent du débat démocratique. J'ai la sensation que, sur un certain nombre de sujets, le Parlement est bien là et fixe le cap tandis que le juge s'immisce dans les espaces où la possibilité de le faire lui est laissée. Le Parlement joue son rôle

concernant la sécurité intérieure ou encore la pandémie de Covid-19, avec le rôle de l'exécutif que nous connaissons.

Par rapport à cet impensé de la démocratie et de la légitimité, il faudrait peut-être rappeler que notre système fonctionne assez bien dans ses équilibres généraux.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Pourriez-vous nous adresser des propositions, sachant que changer des traités est un exercice difficile à réaliser ? Les questions du dialogue politique, du « carton vert » et de la coopération parlementaire renforcée ont été évoquées. Nous sommes respectueux de la construction de l'État de droit et nous ne souhaitons pas « renverser les tables ». Toutefois, nous avons des sujets à traiter. Nous serions donc très attentifs à des propositions que vous pourriez nous faire.

En particulier, au-delà du 88-6, nous aimerions avoir votre sentiment sur l'opportunité, pour le Parlement, d'intervenir devant la CJUE et la CEDH sur des dossiers qui seraient exemplaires. Cette question se pose également devant le Conseil constitutionnel, où il existe un système dit de « portes étroites », ou de contributions extérieures, que le Parlement n'a pas utilisé historiquement. Pour avoir un dialogue constructif avec les juges, des colloques sont possibles, mais aussi l'expression d'une prise de position sur un certain nombre de dossiers pour que le juge perçoive la sensibilité nationale. Penseriez-vous opportun que, rétrospectivement, le Parlement s'exprime par voie de mémoire sur des sujets comme les deux arrêts de la CJUE qui ont eu beaucoup de retentissement dans notre pays ? Voyez-vous dans cette idée un risque de confusion avec l'exécutif, un renforcement du dialogue ou une erreur dans la mesure où le Parlement rajouterait un élément supplémentaire de judiciarisation de la vie publique ?

Mme Cécile Cukierman, présidente. – Je vous remercie de la qualité de ces échanges et de votre volonté de nous inviter à mieux réfléchir pour avancer dans le cadre de notre mission.

**Audition de M. Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État,
juge français à la Cour de justice de l'Union européenne**

(Mardi 22 février 2022)

- Présidence de MM. Stéphane Le Rudulier,
vice-président de la mission d'information sur la judiciarisation
de la vie publique, et Jean-François Rapin,
président de la commission des affaires européennes -

M. Stéphane Le Rudulier, président. – Nous avons le plaisir d'accueillir cet après-midi M. Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État, juge à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) depuis 2006.

Je vous remercie d'avoir accepté notre invitation à venir vous exprimer devant la mission d'information sur la judiciarisation de la vie publique et devant la commission des affaires européennes.

Je vous prie d'excuser l'absence de la présidente de notre mission d'information, notre collègue Cécile Cukierman, qui est retenue en ce début d'après-midi. Elle prendra, bien sûr, connaissance de nos échanges, qui font l'objet d'une captation vidéo et qui seront consultables sur le site internet du Sénat.

Notre mission d'information s'intéresse à la place, qui lui semble grandissante, prise par les juridictions, nationales et européennes, dans la production de la norme et dans la prise de décision publique et à ses conséquences sur le fonctionnement de notre démocratie. Nous réfléchissons aux nouveaux mécanismes de dialogue et de régulation qui pourraient éventuellement être mis en place pour surmonter les tensions ou les incompréhensions qui naissent parfois entre les juges et les politiques, dans le respect de l'indépendance des magistrats.

Il s'agit d'enjeux importants en matière d'équilibre des pouvoirs, de droits fondamentaux et de libertés publiques. Il nous faut trouver un équilibre entre responsabilité des politiques et responsabilité des juges, pour consolider notre État de droit. Les juges doivent pouvoir travailler en toute indépendance et de manière efficace.

La Cour de justice de l'Union européenne a notamment pour mission d'interpréter le droit de l'Union européenne, afin de garantir son application uniforme dans les 27 États membres. Peu de domaines échappent aujourd'hui au champ d'activité de l'Union, ce qui donne à votre institution une place considérable et peut occasionner, de temps à autre, des frictions avec les États membres – nous aurons l'occasion d'y revenir.

Avant de vous céder la parole, je la laisse à notre collègue Jean-François Rapin, qui va vous apporter quelques précisions concernant les thèmes de réflexion qui intéressent plus particulièrement la commission des affaires européennes.

M. Jean-François Rapin, président. – Je sais gré à la présidente de la mission d’information sur la judiciarisation de la vie publique d’avoir accepté que cette audition soit commune à nos deux structures.

Monsieur le juge, la commission des affaires européennes vous remercie de vous être rendu disponible pour cet échange, qui nous intéresse particulièrement, au vu des développements récents de l’actualité européenne.

Mercredi dernier, la CJUE a validé le nouveau dispositif, introduit fin 2020, qui lie le versement des fonds européens au respect de l’État de droit. Cette décision conforte donc ce nouveau « régime de conditionnalité » que contestent la Hongrie et la Pologne. Ces deux États membres y ont vu, l’un, une décision politique, l’autre, une attaque contre sa souveraineté.

Même si ces réactions peinent à cacher les atteintes avérées que ces pays portent de fait à l’État de droit, elles raniment une tension entre les États membres et le droit européen, dont votre institution est la gardienne. Cette tension n’est pas nouvelle. Elle est en fait inhérente à la construction européenne, qui procède d’un double mouvement, les États membres acceptant de partager leur souveraineté dans l’exercice de certaines compétences, mais dans le respect de leur identité constitutionnelle.

Cette tension connaît toutefois un regain évident ces dernières années, surtout depuis qu’en mai 2020, la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe a pris un arrêt contestant la décision de la CJUE qui avait validé le programme de rachat de dette publique de la Banque centrale européenne (BCE). Depuis, d’autres frictions ont surgi avec la France, la Hongrie, la Pologne ou la Roumanie.

C’est pourquoi notre commission a consacré une table ronde, en juin dernier, au sujet de l’articulation entre droit national et droit européen. Au titre du respect de l’État de droit dans l’Union, la présidente von der Leyen a depuis affirmé – c’était en octobre dernier – que la législation européenne primait sur la législation nationale, y compris sur les dispositions constitutionnelles. Le commissaire Reynders, que notre commission a auditionné en décembre, nous l’a encore confirmé sans ambages.

Aussi, je suis tenté de vous poser d’emblée cette question centrale : souscrivez-vous à une telle affirmation, qui semble oublier que l’Union européenne n’existe que par la volonté du pouvoir constituant dans les États membres ? La primauté du droit européen est un principe essentiel pour permettre son application uniforme, mais une lecture rigoriste de ce principe ne risque-t-elle pas de cabrer les États membres, qui peuvent y voir la négation de leur identité constitutionnelle et, finalement, ne risque-t-elle pas, paradoxalement, de fragiliser l’édifice européen ?

Sans doute le dialogue des juges fait-il partie de la solution ; une approche par la subsidiarité pourrait aussi être éclairante, afin de distinguer, au sein du droit européen, entre une part qui mérite une application

strictement uniforme à l'échelle européenne et une autre qui pourrait s'accommoder d'une interprétation par les juges constitutionnels nationaux, afin de respecter l'histoire, la culture, les choix de société, bref, l'identité de chaque État membre.

Comment envisagez-vous cette idée d'une forme de subsidiarité dans l'application du droit européen, et non plus seulement au stade de son élaboration ?

Dans cette perspective, voyez-vous une place pour les Parlements nationaux, dans une forme de symétrie par rapport à la mission qu'ils ont reçue d'assurer le respect du principe de subsidiarité dans les initiatives législatives que prend la Commission européenne ?

M. Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État, juge français à la Cour de justice de l'Union européenne. – Je réponds tout de suite à votre question sur la primauté. Rien de neuf sous le soleil, même si l'on en parle beaucoup aujourd'hui, puisque les cours constitutionnelles émettent certaines critiques.

En 1964, la Cour a expliqué que la Communauté a bénéficié de transferts de compétences, et que ces compétences sont donc exercées en commun. En 1978, la Cour a aussi rappelé que, dans les domaines en question, les États ne peuvent pas aller à l'encontre de ce qui a été décidé en commun. Ce principe est consubstantiel à l'Union européenne ; décidé il y a presque cinquante ans, il était alors parfaitement admis.

Comme le montre sa jurisprudence, la Cour fait preuve de beaucoup d'attention et de souplesse dans l'application de ce principe.

La Cour a par exemple rendu deux arrêts successifs qui concernaient l'Italie. Elle avait été saisie pour savoir si les règles limitant la durée d'un procès pénal dans ce pays, fixant entre autres une durée maximale du délai raisonnable de jugement, ne risquaient pas de porter atteinte à la bonne gestion financière de l'Union européenne : en cas de fraude à la TVA, cela risquait d'aboutir à une prescription des poursuites, voire du procès et des procédures. Dans un premier temps, la CJUE a estimé que les règles italiennes allaient trop loin, mais la Cour constitutionnelle italienne a alors rappelé que ces règles de prescription faisaient partie du principe même de la légalité des délits et des peines, du moins en Italie. La Cour de justice a alors constaté que la sécurité juridique des poursuites pénales en Italie pouvait être remise en cause, et qu'il appartenait à la Cour italienne d'approfondir le sujet. La CJUE a donc su faire un pas en arrière, faisant preuve de beaucoup de prudence et de modération dans l'application du principe de primauté.

Dans son arrêt du 5 mai 2020, la Cour de Karlsruhe critique non le principe de primauté, mais le fait que la CJUE n'aille pas assez loin dans le contrôle des pouvoirs de la BCE.

J'en viens à mon propos liminaire. Vous excuserez mon ton parfois direct ; il est le fruit de l'expérience.

Il faut faire attention à bien distinguer la Cour de Luxembourg de celle de Strasbourg. La CJUE n'est pas une cour des droits de l'homme. Son rôle est bien plus comparable à celui des juridictions suprêmes nationales, comme le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) applique les dispositions de fond de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des différents protocoles, ce qui représente une trentaine de dispositions générales.

La CJUE, elle, applique une énorme masse de dispositions, une législation européenne très importante, formée de centaines de règlements, directives et actes administratifs, à l'image de la Cour de cassation française face au code civil, au code de la consommation ou au code pénal.

La fonction de la CJUE est triple.

Premièrement, contrôler la légalité des actes pris par l'Union européenne, *via* le recours en annulation. Cette compétence est partagée avec le Tribunal de l'Union européenne. La CJUE est alors un peu dans la position du Conseil d'État vis-à-vis des actes administratifs.

Deuxièmement, nous veillons à ce que les États respectent leurs obligations, *via* les recours en manquement, qui ont fortement diminué en raison du contexte sanitaire. La Cour, dans ce domaine, a un pouvoir considérable, car elle peut infliger astreintes et amendes aux États, comme, dernièrement, à la Pologne, avec une décision en référé de fermeture de la mine de Turow.

Troisièmement, la Cour préserve l'unicité du droit européen, *via* la question préjudicielle, mécanisme qui fonctionne très bien. La procédure est très simple, et nous permet de répondre efficacement aux demandes des juges nationaux.

J'en viens à la substance des traités. Les traités ont un sens : ils visent à fabriquer un espace commun, économique, de sécurité, de liberté et de justice – voyez le cas du mandat d'arrêt européen, qui permet, en dehors de tout mécanisme d'extradition, de récupérer un malfaiteur qui est passé en Allemagne ou en Italie, simplement par un dialogue d'autorité judiciaire à autorité judiciaire. « Les juges sont les gardiens des promesses du projet communautaire », dit M. Didier Reynders, commissaire européen à la justice.

Les traités sont souvent très clairs et univoques. La Cour applique donc des dispositions claires, validées par les gouvernements nationaux à la suite de ratifications. Ainsi, le juge applique la loi comme il le fait dans les juridictions nationales. Loin du cliché de la complexité, la législation de l'Union européenne est bien pensée. Elle n'a pas toujours grand-chose à envier à la législation française ! Les textes commencent par un préambule,

les notions principales sont définies, la structure est claire. Des dispositions de compromis, parfois moins bonnes, existent, mais c'est un fait commun à toutes les normes.

La Cour a dégagé les principes généraux du droit européen mais cela n'est pas nouveau. Le règlement a un caractère général obligatoire et est directement applicable dans tous les pays de l'Union européenne. Depuis 1950, les actes européens fonctionnent comme des actes nationaux. Aux États-Unis, dans le premier tiers du XIX^e siècle, Daniel Webster a dit que, si une seule fois un État se prenait à invalider une législation fédérale, il en serait fini de la construction fédérale.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur de la mission d'information sur la judiciarisation de la vie publique. – Ma première série de questions concerne le rôle de la CJUE. La seconde portera sur le rôle des Parlements nationaux.

Quel est le rôle de la CJUE ? Quelle place occupez-vous dans le panorama juridique européen, et quelle liberté vous accordez-vous ? La CJUE n'est-elle qu'un pur interprète des traités ? Crée-t-elle des normes ? Êtes-vous la « bouche des traités », pour paraphraser Montesquieu, ou assumez-vous un rôle plus large, celui d'un « gardien des promesses » ?

J'en viens à l'identité constitutionnelle nationale : l'information n'était peut-être pas parvenue au niveau national aussi nettement que vous le pensiez quant au fait que la Constitution n'était plus forcément la norme juridique supérieure. Selon vous, qui est le décideur de cette identité ? Le pouvoir constituant, le Conseil constitutionnel, la CJUE ? La CJUE pourrait-elle vouloir définir ce qu'est l'identité constitutionnelle de la France ou de l'Allemagne ?

M. Jean-Claude Bonichot. – Je vous donnerai un point de vue très personnel. Nous avons souvent entendu dire que la CJUE était un moteur de l'Union européenne. Or je pense que le juge n'a pas à être moteur : il doit seulement appliquer les traités de bonne foi, dans la lettre et dans l'esprit – construire un espace commun –, sans vouloir ajouter à ce que les États ont voulu. Au fil des traités, les États sont plutôt allés de l'avant – voyez la citoyenneté européenne, dont la CJUE a tiré toutes les conséquences, par exemple en matière de circulation des personnes. Je n'ai jamais eu l'impression d'une Cour qui voulait forcer les étapes.

J'en viens à la question de la définition de l'identité constitutionnelle nationale. Je risque de vous décevoir : je ne suis pas moi-même au bout de la réflexion sur la question. La formulation exacte du traité sur l'Union européenne renvoie à « l'identité nationale des États, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

L'identité constitutionnelle nationale est une réalité. Par exemple, dans son arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, la Cour a reconnu comme faisant

partie de l'identité de l'Autriche la suppression absolue de tous les titres nobiliaires.

Il arrive qu'un pays invoque l'identité nationale, mais la Cour a presque toujours considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à celle-ci, sans aller plus loin. Prenons le cas d'un Belge qui épouse un Roumain de même sexe, et souhaite s'installer en Roumanie avec lui. La Roumanie refuse de les considérer comme mariés, au nom de son identité constitutionnelle. La Cour se contente de constater que, au titre de la liberté de circulation, des personnes valablement mariées dans leur pays ont le droit de circuler en Roumanie ou de s'y installer – rien de plus.

Il y a ensuite la question de la définition de l'identité nationale et celle, qui lui est connexe, du respect de celle-ci. Dans deux décisions, le Conseil constitutionnel a considéré que, si ce qui fait partie de l'identité nationale pouvait bénéficier d'une protection équivalente au nom des principes de l'Union européenne, l'identité nationale n'était pas opposable. C'est une manière de voir, mais je ne suis pas sûr de sa portée ou des conséquences à en tirer.

À ce stade de ma réflexion, en matière d'identité nationale, j'estime que la compétence est partagée. Il appartient aux États de dire ce qui fait partie de leur identité nationale – la laïcité, en France, en est un bon exemple. Lorsque ce point est contesté devant la Cour, je ne crois pas qu'il appartienne à celle-ci de trancher ; en revanche, elle doit exercer un contrôle, souple, sur la question de l'inclusion d'un principe donné dans l'identité nationale d'un État membre. Il n'est pas possible de laisser des États décider purement et simplement de ce qui fait partie de leur identité nationale et en étendre indéfiniment le domaine.

Dire que le droit de l'Union européenne l'emporte sur la Constitution, c'est, en apparence, aller très loin : les juridictions françaises, Conseil d'État et Conseil constitutionnel, ont répété que la Constitution est le sommet de l'ordre juridique français.

Cependant, il arrive que la Cour se heurte à des jurisprudences constitutionnelles d'États membres. Elle peut alors s'opposer à ce qu'une cour constitutionnelle nationale étende indéfiniment le domaine de sa Constitution, réduisant d'autant celui de la compétence européenne.

Je ne vous cache pas que la question est redoutable... Je n'ai pas trouvé, en doctrine, de réponse parfaitement satisfaisante à la question. La Cour fait preuve, en ce domaine, d'une extrême prudence.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Vous aviez bien compris la question sous-jacente : qui a le dernier mot ?

Après le dialogue entre les juges, je souhaite évoquer le dialogue entre les juges et la société – en particulier les juges et le Parlement. Quelle pourrait être, à votre sens, l'action d'un Parlement national à cet égard ? Des

dispositions constitutionnelles nous confient le contrôle de subsidiarité et de proportionnalité. Considérez-vous que ce contrôle de subsidiarité comprend le contrôle des compétences, qui consiste à vérifier si la Commission est intervenue dans un domaine qui relève des compétences de l'Union ?

Dans une décision d'une infinie subtilité, à la suite de l'arrêt *Quadrature du Net* de la CJUE, le Conseil d'État ne s'était pas donné la compétence de contrôler si le niveau européen agissait, ou non, *ultra vires*. Dans ce cas, qui, au niveau national, peut exercer ce contrôle ? Si c'est, au contraire, une prérogative exclusive de la CJUE, lui est-il arrivé d'estimer que l'Union européenne agissait *ultra vires*, ou a-t-elle toujours considéré, dans la logique des promesses de la construction européenne, que la Commission était restée dans le cadre des traités ?

L'article 88-6 de la Constitution donne au Parlement la faculté, jamais utilisée à ce jour, d'agir devant la Cour en annulation d'un acte législatif européen qu'il juge contraire au principe de subsidiarité ou pris *ultra vires*. Aux termes de l'article 88-6, le recours doit être transmis par le Gouvernement à la Cour. En revanche, rien n'est dit sur la nature de ce recours. Sur le plan des principes, comment un Parlement ou une chambre peut-il agir en annulation devant la CJUE ? Comment pourrait fonctionner ce recours ?

Dès lors que la CJUE tranche des questions essentielles, comme le temps de travail des militaires ou la collecte de données de connexion dans le cadre de l'antiterrorisme, ce qui a provoqué de vives interrogations, pourquoi le Parlement n'exprimerait-il pas le point de vue de la société civile ? Peut-on imaginer, devant la Cour, une contribution extérieure d'un Parlement, à la manière des contributions extérieures - les « portes étroites » - du Conseil constitutionnel ? Votre technique procédurale le permettrait-elle ? Le cas échéant, sous quelle forme ?

Ces trois questions sont articulées autour du dialogue entre la Cour et les Parlements. Sans porter atteinte à votre indépendance, accepteriez-vous, vous et vos collègues, des invitations à des conférences, colloques académiques ou parlementaires pour partager votre expérience et prendre le pouls des Parlements et sociétés nationaux ?

M. Jean-Claude Bonichot. - Je souhaite revenir un instant aux relations entre le droit de l'Union européenne et la Constitution. La CJUE a rendu ce matin même un arrêt à propos d'une mise en cause par la Roumanie de la validité d'un acte de l'Union européenne. Les juridictions roumaines voulaient l'appliquer en écartant la loi nationale, qui était incompatible avec cet acte. La Cour constitutionnelle de Roumanie a estimé que, dès lors que la règle nationale était jugée constitutionnelle, un tribunal roumain ne pouvait l'écarter au motif qu'elle serait contraire au droit communautaire. La CJUE a jugé que cela était contraire à sa position : tout

juge national doit pouvoir la saisir à propos de la validité d'une règle européenne, et éventuellement écarter la loi nationale si elle lui est contraire.

La Cour a estimé que, si jamais la règle selon laquelle on ne peut écarter la loi nationale était considérée comme faisant partie de l'identité nationale du pays concerné, il faudrait la saisir à nouveau pour qu'elle statue sur ce point. En effet, la CJUE est la seule à pouvoir statuer sur la validité d'une règle communautaire - si on laisse les juridictions nationales statuer sur ce point, il n'y a plus de droit communautaire. Ce principe remonte à 1987.

J'ai consacré à la question de la subsidiarité un article dans l'ouvrage offert à mon collègue italien, le professeur Tizzano, à l'occasion de son départ de la Cour. J'y explique que la subsidiarité est un principe constitutionnel de l'Union européenne parce qu'il touche à la répartition des compétences, et, dans une construction juridique comme celle-ci, qui est une sorte de pré-fédération, cette question est au sommet de l'ordre juridique.

Devant la Cour, la subsidiarité est assez peu souvent invoquée. Elle l'a été dans le cadre d'un recours contre la législation sur le tabac ; il n'est pas difficile de montrer que, dans un marché unique, une législation européenne réalise mieux les objectifs de libre circulation et de protection de la santé qu'une législation prise par chaque État individuellement.

Il convient de distinguer subsidiarité et proportionnalité. La subsidiarité consiste à déterminer si, raisonnablement, une action donnée sera mieux conduite au niveau européen qu'au niveau national. La proportionnalité consiste à déterminer si cette action est excessive.

Les questions de la conservation des données et du temps de travail dans les armées ont donné lieu à des arrêts très importants de la Cour et du Conseil d'État. La conservation des données a fait l'objet de directives en 2002 et 2006. La question doit être examinée au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'Union européenne est certainement l'espace où l'on accorde le plus d'importance au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles. Le règlement général de protection des données (RGPD) est un texte phare dans le monde.

Cet exemple montre comment la jurisprudence de la Cour peut évoluer à partir du dialogue entre juge national et juge communautaire. Dans l'arrêt *Digital Rights Ireland Ltd* de 2014, la Cour a estimé, de manière tranchée, qu'une rétention générale des données était impossible, même avec des conditions d'accès extrêmement strictes - sur autorisation juridictionnelle ou sous la surveillance d'un organisme indépendant, par exemple.

En France, on admettrait aisément une rétention générale de données pendant un an, puis un accès limité sur autorisation, du tribunal judiciaire par exemple. Mais ces garanties seraient-elles assurées partout dans l'Union européenne ? Rien n'est moins sûr.

En 2016, un deuxième arrêt est rendu, *Tele2 Sverige*, sur renvoi d'une juridiction suédoise. Une grande partie des États membres ont exprimé, à cette occasion, leur désaccord avec l'arrêt de 2014, jugé trop restrictif et susceptible d'entraver les enquêtes pénales. Or la Cour a fait évoluer sa position, admettant, par exemple, des rétentions ciblées, territorialisées, dans certains espaces menacés.

Enfin, en 2020 est arrivé l'arrêt *Quadrature du Net*, qui apporte de nouveaux assouplissements. Il permet une rétention générale de données liées à la sécurité nationale pour une durée raisonnable, notamment pour lutter contre la criminalité grave. Le Conseil d'État a pu s'inscrire dans cette évolution, se démarquant notamment de la Cour de Karlsruhe, en affirmant qu'il exercerait non pas un contrôle *ultra vires*, mais un contrôle sur les garanties apportées à l'exigence constitutionnelle de sécurité. Cette décision du Conseil d'État permet de ne pas s'inscrire en faux vis-à-vis des principes généraux du droit de l'Union européenne, tout en avertissant la Cour de ce qui ne fonctionne pas.

Les États ont deux mois pour intervenir sur une question préjudicielle. Une vingtaine l'ont fait pour l'arrêt relatif à la conservation des données. Dans le cas de l'arrêt sur le temps de travail des militaires – à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour suprême de Slovénie –, seuls quatre États sont intervenus : la Slovénie, l'Espagne, la France et l'Allemagne. Cette dernière a déclaré que l'application de la directive ne lui posait pas de problème. L'Espagne est réticente, et la France s'y refuse. Ainsi, un problème qui peut paraître très important pour un État membre n'a pas le même retentissement ailleurs.

L'arrêt aurait-il pu être différent ? Je le crois. En l'état, est-il aberrant ? Non. En effet, la directive a un champ d'application extrêmement large : elle s'applique à toutes les activités publiques et privées, et il n'y a de restrictions que pour certaines activités spécifiques.

Sur la base de ce texte de 1989, la Cour a bâti une jurisprudence sur laquelle elle n'a pas souhaité revenir. Consciente des difficultés que cela pouvait poser, elle s'est montrée très nuancée. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences de manière très raisonnable.

Cet exemple nous montre à quel point il importe de circonscrire, dès le départ, le champ d'application d'un texte. Au moment de la négociation de la directive, la France aurait peut-être pu obtenir que l'armée en soit exclue.

Les possibilités d'intervention des États auprès de la Cour sont larges. Les questions préjudicielles leur sont communiquées. Les États peuvent également intervenir dans le cadre des recours en manquement, à l'appui ou en défense aux côtés d'un État poursuivi.

Quant aux Parlements, le droit de l'Union européenne ne leur réserve un sort particulier que dans le cadre des protocoles sur la

subsidiarité et la proportionnalité. Un Parlement ne peut intervenir en tant que tel devant la Cour : cela appartient aux États, représentés par leurs agents. En admettant que tous les Parlements puissent intervenir, qui le ferait, de l'Assemblée nationale ou du Sénat ? Le Parlement français est considéré - à juste titre ! - comme respectueux de l'État de droit ; d'autres auraient-ils la même attitude vis-à-vis de la Cour ?

En France, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, l'action gouvernementale, en particulier l'action extérieure dont fait partie la représentation de l'État dans les juridictions internationales, revient au Gouvernement. Si un État veut prendre l'avis de la commission des affaires européennes de son Parlement sur une question donnée, c'est une question interne.

L'article 88-6 reprend la formulation du Protocole : le recours est « transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement ». En France, nous n'avons pas de règles plus précises, et je ne sais si d'autres États s'en sont dotés. Ce point mériterait une étude comparative.

Si soixante députés ou sénateurs décidaient de saisir la Cour, le recours serait transmis au Gouvernement, qui plaiderait l'affaire. La France est remarquablement défendue devant la Cour par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des affaires étrangères. Celle-ci intervient dans 130 ou 140 affaires par an, des questions préjudicielles pour la plupart.

M. Jean-Yves Leconte. - En matière de conservation de données, considérez-vous que, si les compétences de l'Union européenne avaient été élargies, notamment à certains domaines de la sécurité nationale, le jugement de la CJUE aurait autant tenu compte de cette exigence que de la Charte des droits fondamentaux ou du RGPD ? Paradoxalement, à force de refuser la compétence de l'Union européenne sur la sécurité nationale, on finit par ne juger que par rapport aux compétences de l'Union, qui sont aujourd'hui très larges.

En matière fiscale, l'Union européenne, s'appuyant sur les directives, considère la cotisation sociale généralisée (CSG) et la contribution à la réduction de la dette sociale (CRDS) comme des prélèvements sociaux, puisqu'elles financent des actions de protection sociale. Le Conseil constitutionnel les considère comme des impositions de toute nature.

Nous arrivons ainsi à des différences de traitement entre des personnes qui vivent en Europe, qui bénéficient de la protection de la Cour, et des personnes hors de l'Europe, qui se retrouvent dans des situations instables. Faut-il des évolutions sur le sujet ?

M. Jean-Claude Bonichot. - La différence de traitement entre les personnes qui vivent dans le cadre communautaire et celles qui n'y vivent pas est inévitable.

Si l'on considère que la jurisprudence de la Cour en matière de rétention des données ne donne pas assez de marge aux États, il faudrait modifier le droit primaire, c'est-à-dire les traités eux-mêmes. On est toujours réticent sur ce chapitre, mais, lorsqu'il faut le faire, on le fait !

Pour ma part, je ne crois pas à l'intangibilité du droit de l'Union européenne. C'est un ordre juridique comme un autre, même s'il est intégré. En cas de consensus entre les États, il est possible de modifier les traités : n'excluons pas cette idée. Cette question n'est pas technique ; elle est politique.

Dans ce domaine de la conservation des données, les préoccupations ne sont pas les mêmes dans tous les États membres : certaines populations ont gardé un vif souvenir de la surveillance étroite dont elles ont été l'objet pendant des décennies. La question est sensible.

Faut-il donner plus de compétences à l'Union européenne en matière de sécurité nationale ? Il est difficile de gérer ces questions à un autre niveau que celui de l'État. En revanche, une règle fixée en commun n'est pas à exclure.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Quelle forme pourrait prendre le dialogue entre la CJUE et les Parlements nationaux ? Le dialogue des juges fonctionne très bien, grâce au mécanisme de la question préjudicielle. En revanche, nous ne voyons pas de dialogue entre les Parlements nationaux et la Cour.

M. Jean-Claude Bonichot. – La réponse est très simple : il faut venir à la Cour ! Nous avons déjà reçu des délégations parlementaires, et nous nous apprêtons à recevoir la commission des affaires juridiques du Parlement européen.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Il y a le dialogue, et il y a les excursions !

M. Jean-Claude Bonichot. – Le Conseil d'État s'est rendu auprès de la Cour à la fin de l'année dernière pour une journée de travail, avec un ordre du jour fourni. Nous pouvons procéder de même avec les délégations parlementaires.

Vous dialogueriez ainsi avec mes collègues italienne, finlandais, *etc.* Tous parlent très bien le français, puisque c'est la langue de travail de la Cour. Ils vous donneront d'autres réponses que moi aux questions que vous m'avez posées. Je vous invite donc à venir, et à assister à une audience de grande chambre. Cela n'aurait rien d'une excursion !

M. Stéphane Le Rudulier, président. – Je vous remercie, monsieur le juge, pour vos réflexions sur le sujet très sensible de la judiciarisation de la vie publique. Nous prenons bonne note de votre invitation à un dialogue constructif entre le Sénat et votre juridiction !

M. Jean-François Rapin, président. – Merci beaucoup pour cet échange, qu’il serait effectivement intéressant pour la commission des affaires européennes de prolonger à Luxembourg.

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

Mercredi 5 janvier 2022

Audition des syndicats de magistrats administratifs

Union syndicale des magistrats administratifs (USMA)

M. Emmanuel Laforêt, président

Mme Sophie Edert, secrétaire générale

Mme Anne Triolet, secrétaire générale adjointe

Syndicat de la juridiction administrative (SJA)

Mme Maguy Fullana, présidente

M. Julien Illouz, premier conseiller, membre du conseil syndical du SJA et élu au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

Mercredi 12 janvier 2022

Mme Anne Levade, professeure de droit public à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et présidente de l'Association française de droit constitutionnel

Auditions des syndicats de magistrats

Syndicat de la magistrature

Mme Kim Reuflet, présidente

M. Nils Monsarrat, secrétaire national

FO - Unité magistrats

Mme Béatrice Brugere, secrétaire générale

M. Hicham Melhem, délégué général adjoint

Mercredi 19 janvier 2022

Union syndicale des magistrats (USM)

M. Ludovic Friat, secrétaire général

M. Aurélien Martini, trésorier national adjoint

M. Thierry Griffet, chargé de mission au bureau national

Mercredi 26 janvier 2022

Audition des représentants des avocats

Conseil national des barreaux (CNB)

M. Jérôme Gavaudan, président

M. Charles Renard, chargé de mission affaires publiques

Barreau de Paris

Mme Julie Couturier, bâtonnière

Conférence des bâtonniers

M. Bruno Blanquer, président

Mercredi 2 février 2022

Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) et Ministère de l'Europe et des affaires étrangères

Mme Louise Bréhier, conseillère juridique au SGAE

Mme Contance Deler, cheffe du bureau Parlement national et Parlement européen au SGAE

M. Tanguy Stehelin, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE)

Lundi 7 février 2022

M. Aurélien Hamelle, juriste d'entreprise, membre du Club des Juristes

Mercredi 9 février 2022

Ministère de l'Europe et des affaires étrangères

Direction des affaires juridiques

M. Tanguy Stehelin, directeur adjoint

M. Benoît Chamouard, sous-directeur des droits de l'homme

Mercredi 16 février 2022

Conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

M. François Molinié, président

Mardi 22 février 2022

M. Vincent Ploquin-Duchefdelaville, adjoint à la directrice des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur

M. Olivier Fuchs, directeur des affaires juridiques au secrétariat général du ministère de la transition écologique et du ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales

Mme Camille Faure, adjointe à la directrice des affaires juridiques du ministère des armées

Mercredi 2 mars 2022

Ministère de la justice

M. Sébastien Gallois, secrétaire général adjoint

M. Gérald Contrepois, sous-directeur des affaires juridiques au secrétariat général

Direction des affaires criminelles et des grâces

M. Olivier Christen, directeur

Services judiciaires

M. Paul Huber, directeur des services judiciaires

PROGRAMME DU DÉPLACEMENT À LA COUR DE CASSATION

Jeudi 3 mars 2022

- 14 h 30 Audition de Mme Chantal Arens, première présidente de la Cour de cassation et de M. François Molins, procureur général près ladite Cour.
- 15 h 30 Présentation de cas concrets d'élaboration de la jurisprudence par la première chambre civile, la chambre sociale et la chambre criminelle. Échanges sur les méthodes de travail à la Cour avec :
- M. Pascal Chauvin, président de la première chambre civile ;
 - M. Patrick Poirret, premier avocat général ;
 - M. Bruno Cathala, président de la chambre sociale ;
 - Mme Anne Berriat, première avocate générale ;
 - M. Christophe Soulard, président de la chambre criminelle ;
 - M. Frédéric Desportes, premier avocat général.
- 17 h 00 Présentation par M. Jean-Michel Sommer, président de la chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport, de l'*open data* judiciaire ainsi que des réflexions du groupe de travail sur la diffusion des données décisionnelles et jurisprudentielles.

ANNEXE : CONTRIBUTIONS ÉCRITES DES GROUPES POLITIQUES

Contribution de M. Alain Richard, au nom du groupe Rassemblement des démocrates, progressistes et indépendants

Le signataire, s'exprimant au nom du Groupe RDPI, souligne qu'il a approuvé la globalité des propositions du rapport, que la Présidente a pris soin de soumettre au vote des membres de la mission en assurant ainsi que les conclusions politiques du travail soient parfaitement claires.

Il rejoint pleinement le raisonnement d'ensemble développé par le rapport, selon lequel les limitations apportées au pouvoir de détermination politique du législateur, dont l'application est confiée à des juridictions supérieures, constituent un cadre éminent de droits fondamentaux du citoyen, élaboré progressivement sous l'exigence de garanties juridiques née des déchirements politiques du XX^e siècle européen, et que l'essentiel de la définition de ces droits a été fixée par le constituant – et donc le peuple français adoptant la Constitution du 4 octobre 1958 lorsque celle-ci a inclus les deux Déclarations des Droits de 1789 et 1946 dans nos normes fondamentales. De même le corps de principes supérieurs résultant de la Charte européenne des Droits de l'Homme, puis les traités conférant à l'Union Européenne des pouvoirs normatifs s'imposant aux législateurs nationaux, ont été à chaque étape approuvés en pleine conscience par le Parlement et, dans le cas de l'instauration de l'Union, par le référendum de 1992.

Cela n'empêche pas d'émettre des réserves sur l'application en certains cas par les juridictions internationales compétentes de ces principes encadrant notre législation. C'est à juste titre, en particulier, que le rapport souligne les obstacles accumulés par la jurisprudence de la CEDH à l'encontre de toute législation tendant à encadrer effectivement le droit d'entrée et de séjour sur notre territoire. De même montre-t-il que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union, conçue depuis son origine comme un encadrement légal d'activités économiques, a manqué de réceptivité pour prendre pleinement en considération les impératifs de sécurité nationale qui s'insèrent dans ces activités, comme l'illustre son refus d'accepter dans la gestion des données personnelles par les acteurs économiques les contraintes sécuritaires que justifient pourtant la lutte contre la grande criminalité et le terrorisme.

On ne peut cependant qu'approuver le rapport quand il exclut de contester radicalement les pouvoirs conférés à ces juridictions supérieures et qu'il préconise, d'une part un effort accru de discernement dans l'élaboration de la loi, tant de la part du Gouvernement que des deux chambres du Parlement, évitant aux textes adoptés d'entrer en conflit avec un corps de

normes supérieures légitimes et maintenant bien connues, d'autre part des mesures pratiques permettant aux assemblées parlementaires « auteures » de lois ultérieurement contestées de dialoguer lors de l'instance avec les juridictions supérieures avant qu'elles ne se prononcent.

À ce sujet, s'il peut certes revenir aux anciens rapporteurs de devenir les « défenseurs » de lois dont la validité est débattue devant les cours européennes ou le Conseil constitutionnel, aux côtés du Gouvernement qui assure traditionnellement cette mission, ce devrait être au terme d'une concertation sur le fond associant les diverses composantes politiques de l'assemblée en cause : le « plaidoyer » d'une instance parlementaire sur un tel enjeu ne pourrait valablement être l'opinion d'un seul membre.

S'agissant du jugement pénal des ministres mis en cause pour leurs actes pris en fonction, autre manifestation de la judiciarisation du politique, s'il est certes soutenable de préférer à la Cour de Justice actuelle une comparution devant la juridiction de droit commun moyennant des adaptations justifiées par la spécificité de ces litiges, comme l'a proposé l'exécutif lors de la tentative de réforme constitutionnelle de 2019, il paraît excessif d'aller jusqu'à un double degré complet de jugement encore suivi du pourvoi en cassation, qui serait de nature à prolonger sur de nombreuses années la controverse politique accompagnant inévitablement de tels procès.

Sur un autre point, relatif aux efforts de meilleure élaboration de la loi, la proposition de subordonner l'habilitation à légiférer par ordonnance à l'accord du Sénat, conférant à celui-ci un droit de veto en dérogation aux règles générales d'adoption de la législation, ne peut recueillir l'assentiment du signataire de la présente contribution. Les moyens dont disposent nos deux assemblées pour, d'une part discuter l'habilitation législative au Gouvernement – dont les termes sont à présent d'une précision beaucoup plus resserrée que dans les débuts de la V^e République, d'autre part réformer si nécessaire le texte issu de l'habilitation, sont à son opinion largement suffisants.

Plus largement, ce dernier souhaite émettre une réserve sur la présentation faite dans le rapport de l'état actuel de la séparation des pouvoirs dans les institutions politiques françaises. L'existence d'une solidarité de fond entre le gouvernement et la majorité de l'Assemblée nationale, condition de la bonne marche de l'État dans un régime parlementaire, est décrite comme une imperfection de la séparation des pouvoirs voire une « hybridation » entre ceux-ci, qui caractériserait des institutions déséquilibrées et contribuerait à un appel accru au juge.

Cette présentation n'apparaît pas rendre justice aux principes du régime parlementaire, qui appliquent la séparation des pouvoirs en faisant collaborer ceux-ci à partir d'un choix majoritaire défini par le peuple, à la différence de la séparation rigide typique du régime présidentiel, porteuse du risque de confrontation paralysante qu'on observe très distinctement

dans le cas des États-Unis des dernières années - et qui n'est pas l'application privilégiée des préceptes de Montesquieu. Et l'expérience récente tirée des alternances successives depuis l'instauration du quinquennat montre que la relation entre l'exécutif et sa majorité parlementaire est loin d'être univoque et « asservissante ». En France comme dans toutes les démocraties parlementaires européennes, l'existence d'une majorité parlementaire stable autour du Gouvernement n'empêche ni la distinction claire des rôles entre exécutif et législatif, ni la capacité de contrôle de celui-ci sur celui-là, ni l'existence de débats politiques internes à l'initiative de la majorité parlementaire. C'est donc un résumé discutable de décrire un tel état des institutions comme une déviance expliquant un appel accru aux juges pour trancher des débats de nature politique.