

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

QUI EN VEUT
À L'ÉTAT DE DROIT ?

N° 193

« Pas intangible, ni sacré ». Qui aurait cru, il y a encore quelques années, qu'un ministre de l'Intérieur pourrait qualifier ainsi l'État de droit ? En dépit, ou peut-être en raison, de son caractère vague et ambigu, l'État de droit a longtemps fait l'objet de louanges, et pas seulement en Occident. Bien sûr, il y a toujours eu des contestations, en particulier chez les anarchistes qui refusent l'État ou chez les contre-révolutionnaires qui haïssent le droit. Mais, si « l'État de droit » peut être brandi à l'appui des politiques les plus variées, la parole dominante l'invoquait jusqu'ici comme un mantra.

C'est pourquoi Pouvoirs s'arrête aujourd'hui sur les discours et les pratiques qui l'attaquent de toutes parts. Le lecteur verra ainsi à l'œuvre la montée des populismes, des gouvernements qui souhaitent s'affranchir des barrières juridiques ou mentent à leurs populations, des juristes qui voient dans l'État de droit un concept dépassé face à la crise économique ou s'en prennent aux juges et aux droits de l'homme, des médias qui invoquent la liberté d'expression pour déverser sans entrave une idéologie d'extrême droite.

Il est convenu de longue date, chez les juristes universitaires, de moquer le concept d'État de droit, puisqu'il exprimerait soit un pléonasme (l'État n'est rien d'autre qu'un ordre juridique), soit une vague préférence subjective quant à la définition d'un « bon » régime politique. La virulente campagne menée contre l'État de droit a au moins le mérite de nous aider à le définir. L'État de droit, c'est peut-être ce à quoi s'en prennent ces courants qui ont gagné en puissance jusqu'à triompher un peu partout dans le monde : les libertés, la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice... Il existe heureusement des moyens de lutter, en Europe notamment, comme le montrent les derniers articles de ce numéro. Le pire n'est jamais inéluctable.

JULIE BENETTI, THOMAS HOCHMANN ET NICOLAS MOLFESSIS

MARIA KORDEVA L'État de droit : crise de définitions	7
JEAN-LOUIS HALPÉRIN L'État de droit, un concept occidental ?	21
GILLES FERRAGU Contester l'État de droit	31
PATRICIA RRAPI L'« illibéralisme », ou les gouvernements contre l'État de droit	41
STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ Les juristes contre l'État de droit	49
CHARLES GIRARD La liberté d'expression retournée contre l'État de droit	63
RENAUD MELTZ Du secret au mensonge : l'État de droit contre lui-même	75
MARIE GOUPY Le droit (d'exception) économique contre l'État de droit	87

SOULEF AYAD-BERGOUNIOUX
La haine du droit 99

AUGUSTIN BERTHOUT
L'État de droit face à la démocratie militante
Sur les vicissitudes d'une relation fusionnelle 111

MYRIAM BENLOLO-CARABOT ET NUNO PIÇARRA
La CJUE, défenseure de l'État de droit 123

CHRONIQUES

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} octobre – 31 décembre 2024)

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT 139

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1^{er} octobre – 31 décembre 2024)

JEAN GICQUEL ET JEAN-ÉRIC GICQUEL 147

Summaries 185

QUI EN VEUT À L'ÉTAT DE DROIT EST ÉTUDIÉ PAR

SOULEF AYAD-BERGOUNIOUX, historienne du droit, chercheuse rattachée au laboratoire DSR de l'université Paris-Saclay, chargée d'enseignement au sein des universités Paris-Saclay et Paris Cité. Ses recherches portent sur les théories contractualistes de l'État, les régimes de domination et les processus de désobéissance contemporains.

MYRIAM BENLOLO-CARABOT, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne, professeure agrégée de droit public à l'université Paris Nanterre. Elle est l'auteure de nombreuses publications sur la citoyenneté, l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne.

AUGUSTIN BERTHOUT, enseignant-chercheur contractuel en droit public à l'université de Nîmes. Spécialisé en droit comparé, il est l'auteur d'une thèse sur la notion de démocratie militante.

- 6 GILLES FERRAGU, maître de conférences HDR en histoire contemporaine à l'université Paris Nanterre, membre de l'ISP. Il a dernièrement publié, avec Alain Bauer et Alexis Deprau, *Juger les terrorismes* (Cerf, 2024) (gferragu@parisnanterre.fr).

CHARLES GIRARD, professeur de philosophie à l'université Jean-Moulin Lyon 3, membre de l'IRPHIL. Il a codirigé *La liberté d'expression en conflits (Raison publique, n° 28, 2024)* (charles.girard@univ-lyon3.fr).

MARIE GOUPY, professeure HDR à l'Institut catholique de Paris, chercheuse rattachée au LLCP (université Paris 8). Elle a codirigé *De la dictature à l'état d'exception* (École française de Rome, 2022).

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, professeur à l'École normale supérieure-PSL, membre du CTAD (université Paris Nanterre). Son dernier livre s'intitule *Une histoire des droits dans le monde* (CNRS Éditions, 2023).

STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ, professeure de droit public à l'université Paris Nanterre, membre de l'Institut universitaire de France. Elle a notamment publié *La Démocratie en état d'urgence* (Seuil, 2022).

MARIA KORDEVA, docteure en droit public, assistante (MDC) à la chaire de droit public français (CJFA) de l'université de la Sarre (Allemagne). Ses recherches portent sur le droit constitutionnel interne français et allemand, le droit comparé, la théorie du droit.

RENAUD MELTZ, historien, professeur des universités, membre de l'Institut universitaire de France, responsable de l'Observatoire des héritages du Centre d'expérimentation du Pacifique. Il a notamment codirigé *Mensonges d'État. Une autre histoire de la V^e République* (Nouveau Monde Éditions, 2023, 2023) (renaud.meltz@cnrs.fr).

NUNO PIÇARRA, juge à la Cour de justice de l'Union européenne depuis 2018, professeur de droit à la NOVA School of Law de Lisbonne (Portugal). Il est l'auteur de nombreuses publications en droit constitutionnel portugais et comparé, ainsi qu'en droit de l'Union sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

PATRICIA RRAPI, maîtresse de conférences en droit public à l'université Paris Nanterre, membre du CTAD.

L'ÉTAT DE DROIT : CRISE DE DÉFINITIONS

Il faut d'abord partir du principe que le mot et le concept de Rechtsstaat sont spécifiques à l'Allemagne. Ils ne sont ni l'un ni l'autre présents dans la littérature étrangère, et ne peuvent être traduits de manière correcte dans une langue autre que l'allemand¹.

7

Le *Rechtsstaat* est davantage qu'une expression accrocheuse : son pouvoir est ouvertement racoleur et enchanteur. Suffit-il de formellement accepter l'expression et de l'élever au rang d'un roi Midas conceptuel pour que, par le simple toucher, tout système juridique soit commandé par l'État de droit ? Ou bien « est-il possible d'introduire un changement du droit – voire de son paradigme – [...] en ajoutant, dans un système juridique donné, une expression nouvelle [...] empruntée d'un autre ordre juridique, telle que *Rechtsstaat*² ? » Une affirmation en guise de réponse serait sans conteste fantaisiste. Le travail de définition d'un concept écartelé, voire martyrisé, et, surtout, *déraciné* se révèle une mission quasiment impossible. Les différents éléments composant cette notion multiforme – si toutefois l'on accepte qu'elle soit composée de différents éléments qui ne sont pas figés une fois pour toutes – ne peuvent livrer qu'une image partielle, toujours partielle et jamais universelle. Il est autant de définitions de l'État de droit

1. Lorenz von Stein, *Die Verwaltungslehre*, 2^e éd., Stuttgart, Cotta, 1869, p. 296. (Les citations de textes en langue étrangère sont traduites par l'auteure.)

2. Luc Heuschling, « “État de droit” : The Galicization of the *Rechtsstaat* », in Jens Meierhenrich et Martin Loughlin (dir.), *The Cambridge Companion to Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 71.

qu'il existe d'ordres juridiques, dont les paramètres peuvent également varier en fonction de l'air du temps, du contexte juridique et politique de l'époque.

Naturellement, ce constat ne doit pas agir comme une interdiction : la liberté d'entreprendre ce travail de définition, ou plutôt de compréhension, doit être garantie afin que la notion – un *Exportschlager* dont le succès est toujours renouvelé – puisse un jour espérer quitter les limbes des définitions pour, sinon rejoindre le paradis ou l'enfer des concepts, au moins commencer ses errances au purgatoire en vue d'être délivrée de tous les péchés que lui font porter quotidiennement les juristes, les hommes et femmes politiques, les politologues, les journalistes en la malmenant et en faisant miroiter un monde idéal où le mythe de l'État de droit serait un bien « sacré ».

8 Pour en vouloir à l'État de droit, encore faut-il pouvoir le définir afin de savoir sur quel objet se concentrent tantôt les fantasmes de renforcement, tantôt la volonté de destruction ou de remplacement de la notion. Vouloir détruire, c'est d'abord pouvoir définir. Or, dans le cas de l'État de droit, l'observateur se heurte à un mur difficilement franchissable : comment définir une notion *importée* ?

État de droit, *Stato di diritto*, *Estado de derecho*, *państwo prawa*, *правова държава* : la traduction de l'expression allemande *Rechtsstaat* est présente dans les pays européens et même au-delà grâce aux interférences géopolitiques. Pourtant, cette *success story* connaît des débuts difficiles, y compris dans son pays d'origine. Il s'agit surtout d'un « événement linguistique »³ dans l'Allemagne de l'extrême fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle⁴. Le point d'ancrage d'une tentative de définition ne peut être que le sol politique et doctrinal du pays qui est le décor historique et culturel de l'État de droit. Cette première réflexion permet d'analyser, même partiellement, l'apparition de l'État de droit français, avant d'esquisser les contours d'une notion fuyante.

3. Nous empruntons l'expression à Olivier Jouanjan, qui qualifie l'expression « *Grundrechte* » d'événement linguistique dans l'Allemagne du XIX^e siècle (« Une origine des “droits fondamentaux” en Allemagne : le moment 1848 », *Revue du droit public*, n°3, 2012, p.766-784).

4. Johann Wilhelm Placidus (Petersen), *Literatur der Staatslehre. Ein Versuch*, Strasbourg, s. é., 1798, p.93 et suiv.

L'ENFER DES DÉFINITIONS (ET DES TRADUCTIONS)

Pendant une période, la paternité de l'expression est occultée : le « *Rechts-Staat* » devient populaire grâce à Robert von Mohl⁵, avant de s'enliser dans des « batailles sémantiques »⁶ implacables – devenir un « pléonasmе » pour Hans Kelsen⁷ ou exprimer le désir d'une nouvelle forme politique d'un État de droit social, « forme en devenir »⁸ –, pour ensuite être dénigré et identifié comme un concept « bourgeois » par les juristes d'idéologie nazie, qui ne manquent pas cependant de qualifier l'État du Führer de « *Rechtsstaat* »⁹ en acclamant l'avènement du nouvel ordre national-socialiste – tout l'opposé de l'État de droit libéral et bourgeois – qu'il faut « neutraliser ». Les grenades idéologiques visent à pervertir l'usage du mot¹⁰ et à discréditer les auteurs du XIX^e siècle¹¹. Après la débâcle de 1945, le *Rechtsstaat* renaît de ses cendres afin de vivre en décalage temporel sa « belle époque » dans la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles allemandes.

Le *Rechtsstaat* n'a pas d'équivalent ou d'analogue dans les autres systèmes juridiques européens¹², même si, selon certains auteurs, ce constat est « surprenant », car il conviendrait d'isoler l'idée de l'État de droit qui préexisterait au moment de l'apparition de la notion¹³. En ce sens, le terme de *Rechtsstaat* n'aurait alors qu'une valeur déclaratoire et non pas constitutive. Cependant, croire à la préexistence du champ programmatique du *Rechtsstaat* en chargeant la notion du poids symbolique des idées de la Révolution française de 1789 relève d'une démarche anachronique, bien que

5. *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen, Laupp, 1859, p. 106 ; *Die Pozei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2^e éd., Tübingen, Laupp, 1844, p. 5.

6. Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique* (1971), Paris, PUF, 1995.

7. *Théorie pure du droit* (1934), Paris, LGDJ, 1960, p. 411.

8. Hermann Heller, « Freiheit und Form in der Rechtsverfassung » (1929-1930), in *id.*, *Gesammelte Schriften*, t. 2, Leyde, Sijthoff, 1971, p. 377, cité par Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 49.

9. Otto Koellreutter, *Der nationalsozialistische Rechtsstaat*, Berlin, Spaeth & Linde, 1935 ; Hans Frank, *Deutsches Recht*, Berlin, Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaft Verlagsgesellschaft, 1934.

10. Olivier Beaud, *Les Derniers Jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris, Descartes & Cie, 1997, p. 50 et suiv.

11. « De grands et éminents savants allemands comme Robert Mohl, Lorenz von Stein, Rudolf Gneist, font usage de ce mot [*Rechtsstaat*] afin de résoudre le véritable problème du XIX^e siècle allemand : la réconciliation et la liaison entre l'État et la société civile » (Carl Schmitt, « Nationalsozialismus und Rechtsstaat », *Juristische Wochenschrift*, n° 63, 1934, p. 714).

12. Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs », in *id.*, *Recht, Staat, Freiheit*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, 1991, p. 144.

13. Cf. Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 324, ainsi que les références bibliographiques citées.

l'on puisse nuancer le rejet de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs par la représentation des sujets au sein des assemblées d'états (représentatives) des monarchies allemandes¹⁴ et le poids de la juridiction (administrative) dans la construction de l'État (de droit).

Si, aujourd'hui, la discussion est ouverte, et qu'il nous est possible d'intégrer dans le programme de l'État de droit la souveraineté nationale ou la séparation des pouvoirs, ces différents moyens de garantir la liberté individuelle – chers aux révolutionnaires – font l'objet d'un rejet quasiment catégorique de la part des auteurs allemands, conservateurs ou libéraux. Sur la vaste arène du droit public allemand, le principe de séparation des pouvoirs n'est qu'un acteur de second rang, quand il n'est pas complètement absent des débats¹⁵, tandis qu'il est solennellement affirmé dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

10 Même Robert von Mohl, qui appartient « à l'aile rationaliste pragmatique du libéralisme¹⁶ », écrit que « la forme du gouvernement », qui suppose la division du pouvoir d'État « en trois parties égales », n'a pas pu consolider son existence à cause du « manque de justesse logique et de l'absence de sagesse politique ». Ou encore : la théorie du « pouvoir divisé en trois parties » est « une menace » qui « dissout l'organisme de l'État, l'unité dans la pluralité » et conduit « pratiquement à l'anarchie et à la destruction »¹⁷. Il rejoint le conservateur Friedrich Julius Stahl, lui aussi théoricien du *Rechtsstaat*, mais grand défenseur du principe de souveraineté monarchique. Pour Stahl, le pouvoir d'État est, « d'après sa nature [...], indivisible¹⁸ ». Sans développer davantage, il est clair que cette conception de l'État paraît très éloignée de l'idéal révolutionnaire, qui prône la séparation des pouvoirs comme condition indispensable à l'existence même d'une société démocratique dotée de constitution. Ne pas lier principe démocratique et *Rechtsstaat* signifie que la notion est acceptée par toutes les factions politiques dans la seconde moitié du XIX^e siècle allemand, ce qui conduit à l'émergence, après 1860, de juridictions indépendantes contrôlant l'administration de l'État. La méfiance française à l'égard du juge, perçu comme un vestige de l'Ancien Régime, ne prend pas racine dans les monarchies allemandes. Au

14. Maria Kordeva, *Le Principe de séparation des pouvoirs en droit allemand*, Sarrebruck, EJFA, 2019, p. 205 et suiv.

15. Ludwig von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, 3^e éd., Leipzig, Brockhaus, 1881, t. 1, p. 345, note 4.

16. Michael Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne, 1800-1914* (1988), Paris, Dalloz, 2014, p. 213 et suiv.

17. Robert von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, Enke, 1855, t. 1, p. 273-274.

18. *Die Philosophie des Rechts*, 2^e éd., Heidelberg, Mohr, 1846, t. 2, p. 153 et suiv.

contraire, le juge y est entendu comme garant de la liberté et un bouclier contre le pouvoir monarchique. L'État de droit est une sorte d'équivalent fonctionnel de la démocratie et de la séparation des pouvoirs. Invoquer l'idée de l'État de droit reviendrait à remplir une notion spécifique à l'Allemagne, vue comme « presque despotique¹⁹ », du contenu (français) révolutionnaire, par ailleurs toujours en vie : les idées *révolutionnaires* se sont transformées en principes *républicains* dans le cadre constitutionnel de 1958.

La « figure »²⁰ du *Rechtsstaat*, qui déploie sa sphère d'influence au XIX^e siècle avant de s'éclipser, agit comme un aimant, mais aucune définition ne fait l'objet d'un consensus, même relatif. Dès ses premières heures, l'État de droit est le point de rencontre de duels d'idées sans merci. Sa veine polémique est encore présente, car nul ne sait arrêter son contenu, et cette impossibilité conduit à des discussions parfois passionnées, à une incompréhension ou à une prétendue définition trop facile qui n'est rien d'autre que le calque d'autres éléments d'identification venant de diverses notions sur l'État de droit. En 1841, une recension anonyme de l'ouvrage de Robert von Mohl *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* emploie en langue française « État de droit » pour *Rechtsstaat*²¹, sans recevoir de grande attention de la part du public français, et sombre dans l'oubli relatif. Seules les traductions d'ouvrages allemands font vivre l'État de droit sur le sol français²². Certains juristes essaient de tisser des liens avec leurs collègues allemands – comme Édouard Laboulaye, qui souhaite préparer « l'union scientifique de la France et de l'Allemagne²³ » et qui reste isolé –, mais cette entreprise devient épineuse, voire impossible après la défaite de 1870. Si, malgré la « sécheresse » qui envahit le droit public²⁴, les Allemands s'attellent à la construction de la personnalité juridique de l'État, à la systématisation des droits publics subjectifs et à la théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*), qui devient une puissante discipline du droit public allemand, les Français, dans leur animosité, rejettent de manière

19. Maurice Deslandres, « La crise de la science politique », *Revue du droit public*, n° 13, 1900, p. 17 ; Claude Digeon, *La Crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 1959.

20. Cf. la présentation d'Olivier Jouanjan dans *Figures de l'État de droit*, *op. cit.*, p. 7-52, ainsi que toutes les contributions dans cet ouvrage collectif précieux qui fait encore date aujourd'hui.

21. Jean-Louis Mestre, « Le rayonnement en France des facultés de droit et d'administration de Tübingen sous la monarchie de Juillet », *Revue de la recherche juridique*, n° 1, 1988, p. 94.

22. Parmi les auteurs de ces ouvrages se trouvent Johann Caspar Bluntschli, Heinrich Ahrens, Rudolf von Jhering, Georg Jellinek, Paul Laband ou Otto Mayer (Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, *op. cit.*, p. 326).

23. Cité par Jean Gaudemet, « Les Écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 19, 1998, p. 110.

24. Ludwig Glumpowicz, *Geschichte der Staatstheorien*, Innsbruck, Wagner, 1905, p. 251.

plus ou moins violente les théories allemandes. Paradoxalement, c'est le plus impitoyable ennemi doctrinal des Allemands qui *importe* officiellement et tardivement la notion d'État de droit en France, sans pour autant lui donner la même signification : en 1901, Léon Duguit, dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, seulement en explication des théories allemandes, puis, en 1907, en l'introduisant de manière autonome dans son *Manuel de droit constitutionnel*. Dans le registre théorique de Duguit, l'État de droit acquiert une nouvelle signification. En opposant les lois (objectives) de la société et les lois de l'État, il arrive à la conclusion que l'État – « étranger au droit » et le lieu de « différenciation entre les gouvernants et les gouvernés »²⁵ – doit être soumis aux règles de droit objectif. Cette proposition présente une faiblesse : en rejetant la théorie allemande de la personnalité juridique de l'État²⁶, il est difficile pour Duguit de se sortir de l'ambiguïté de sa définition. Maurice Hauriou, en adoptant une certaine neutralité à l'égard des Allemands, emploie également l'expression, dans *Droit de la Constitution. L'État de droit et la place du juge dans l'État* (1929), mais c'est Raymond Carré de Malberg, plus modéré que Duguit, qui commence à définir l'État de droit en l'opposant à la notion française d'État légal – l'État de droit est un « État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques²⁷ » – et en exposant l'impossibilité d'adapter les théories allemandes à la situation française²⁸. La disparition de la « triade magnifique du droit public français »²⁹ – Duguit, Hauriou et Carré de Malberg – met fin, du moins temporairement, à l'aventure de l'expression importée.

25. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 9.

26. *Les Transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 37.

27. *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920), Paris, Éditions du CNRS, 1962, t. 1, p. 488 et suiv.

28. Cf. les développements précieux de Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, *op. cit.*, p. 370 et suiv., tout comme les références bibliographiques citées.

29. Olivier Jouanjan, « La notion d'exécution dans la doctrine française classique », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 34, 2011, p. 343-344.

TENTATIVE DE RENAISSANCE

La mise en veille terminologique de l'État de droit se poursuit jusqu'aux années 1970 pour se terminer définitivement au cours des années 1990 et 2000. C'est par le biais du droit de l'Union européenne – l'expression est présente dans l'article 2 du traité sur l'Union européenne : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit... » – que la notion commence à se mouvoir sur la scène doctrinale française. En revanche, après 1945, l'Allemagne n'a pas besoin d'une impulsion européenne pour se concentrer sur les tentatives de définition, qui tendent à s'émanciper des origines historiques de l'État de droit.

Une multitude d'éléments sont susceptibles de faire partie du corps du principe. Katarina Sobota n'en compte pas moins de vingt-cinq³⁰, et la liste n'est pas exhaustive, tandis que Philip Kunig, critique sur l'expansion du *Rechtsstaatsprinzip*, se montre réservé en déclarant que les commentateurs de la Loi fondamentale et la doctrine « décrivent [...] le contenu du principe d'État de droit [...] en formulant des sub-sujets (*Untertopoi*) dont le fondement de validité est l'État de droit », alors que « la question de savoir si ces normes, qui trouvent leur fondement de validité dans le droit positif, sont embrassées par un principe général de l'État de droit ne fait pas l'objet d'une problématisation »³¹. Pour Eberhard Schmidt-Aßmann, d'un point de vue systémique, le principe d'État de droit se déploie dans deux directions : en tant qu'ordre étatique subjectif et en tant qu'ordre fonctionnel objectif, qui place en son centre le principe de séparation des pouvoirs, à côté de « l'indépendance des tribunaux, de la légalité de l'action administrative, de la protection juridictionnelle contre les actes de la puissance publique et un processus décisionnel répondant aux règles de la publicité et de la transparence³² ». Le principe de l'État de droit se détache résolument de la conception forgée au XIX^e siècle pour se rapprocher des idées révolutionnaires, en particulier en intégrant la séparation des pouvoirs. Pour la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, les dispositions de la Loi fondamentale, notamment l'article 20, contiennent seulement *quelques* éléments du principe de l'État de droit. Dans la décision de principe

13

30. Parmi lesquels la suprématie de la constitution, la justice constitutionnelle, le régime des libertés, la séparation des pouvoirs, la réserve législative, la primauté de la loi, la clarté des compétences (*Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 27 et suiv.).

31. *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1986, p. 76.

32. « Der Rechtsstaat », in Josef Isensee et Paul Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3^e éd., Heidelberg, Müller, 2004, t. 2, p. 552.

Écoutes téléphoniques, rendue en 1970, cet article « ne fait que garantir certains aspects du *Rechtsstaat* sans en consacrer le principe général », qui ne bénéficie donc pas d'une reconnaissance pleine et entière³³ : « L'article 20 de la Loi fondamentale, aussi, contient plusieurs principes fondamentaux, sans que le "principe de l'État de droit" y soit "établi", mais fait référence à des principes strictement définis composant l'État de droit : [...] on trouve le principe de séparation des pouvoirs et [...] le principe selon lequel le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel et les pouvoirs exécutif et judiciaire au droit et à la loi³⁴. »

14 Il est certain que l'expression de jadis ne correspond plus à la réalité de la Loi fondamentale du 23 mai 1949. L'article 28 – « L'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale » – fait expressément référence à « l'État de droit » sans jamais définir les éléments qui le composent. Après la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992, l'article 23 relatif à l'Union européenne³⁵ dispose que « pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux d'État de droit et de démocratie ». Est-ce que la phrase de l'article 28 signifie qu'un État de droit qui ne soit pas démocratique ou social puisse exister ? Ou s'agit-il d'adjectifs ajoutés afin d'appuyer l'importance du principe de démocratie et la dimension sociale de l'État de droit ? Et qu'en est-il des principes énoncés à l'article 20 – notamment le principe de séparation des pouvoirs –, protégés par la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3, qui les soustrait au pouvoir de révision ? Le rôle de la notion dans le théâtre constitutionnel dépend de l'interprétation que l'on peut donner aux principes mentionnés : s'agit-il de principes dotés d'une autonomie normative ? Mais si l'on fait un pas en arrière, une difficulté apparaît : dans les premières heures de l'État de droit, la séparation des pouvoirs était tout sauf un élément constitutif, de même que le principe démocratique. Quels sont alors les liens intimes qu'entretiennent ces éléments ? L'État de droit devient-il un principe général du droit (non écrit) qui sous-tend tout le système constitutionnel sans qu'il soit besoin de l'affirmer expressément ? Il innerve les constitutions démocratiques et libérales en leur adressant des injonctions auxquelles elles doivent se soumettre afin d'obtenir le *label* État de droit.

33. Cf. Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, *op.cit.*, p. 151.

34. BVerfGE 30, 1, 15 décembre 1970, § 24.

35. Cf. Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, *op.cit.*, p. 146.

UNE NOTION UNIVERSELLE ?

Au niveau européen, le non-respect de l'État de droit peut donner l'occasion d'engager des sanctions à l'encontre de l'État membre récalcitrant. L'article 7 du traité sur l'Union européenne ouvre la possibilité d'une suspension des droits d'appartenance à l'Union (les droits de vote au sein du Conseil) sur proposition d'un tiers des États membres, de la Commission ou du Parlement, en cas de violation grave et persistante, donc suffisamment caractérisée, des principes définis à l'article 2 précité³⁶. Des États qualifiés de régimes libéraux sombrent dans une crise de l'État de droit. Pour ne citer que quelques éléments : l'interruption volontaire de grossesse, l'épée de Damoclès suspendue au-dessus de l'indépendance des juges ou les lois restreignant la liberté de la presse laisseraient probablement les chantres des valeurs européennes dans une situation inextricable. En 2024, la Hongrie et la Pologne sont suivies tant par l'Union européenne que par le Conseil de l'Europe en raison de leurs politiques signalant une transformation en démocraties illibérales ou « démocraties »³⁷. Que l'on songe au déferlement des vagues populistes et démagogues de tous les extrêmes, de gauche comme de droite, qui finiront, peut-être, par avoir la peau de l'État de droit, ou de l'idée que l'on s'en fait.

15

La Commission européenne pour la démocratie par le droit a dégagé dans une étude une liste de critères de l'État de droit en énumérant la légalité, la sécurité juridique, la prévention de l'abus de pouvoirs, l'égalité devant la loi et la non-discrimination, l'accès à la justice, le procès équitable, la justice constitutionnelle (suivie dans l'étude par « le cas échéant »). Mais dans « l'objet » de cette étude figure une remarque curieuse : « Le principe de l'État de droit (aussi dit “prééminence du droit”) a valeur universelle », en s'appuyant sur le document final du Sommet mondial des Nations unies de 2005 qui affirme « la nécessité de voir l'État de droit consacré et respecté par tous aux niveaux national et international »³⁸. Comment prendre au sérieux une telle affirmation lorsque l'on sait qu'un grand nombre d'États membres des Nations unies ne témoignent aucun intérêt à la notion allemande devenue « universelle » ? L'État de droit, un vœu pieux sans aucune certitude de réalisation, ce

36. L'Autriche du leader d'extrême droite Jörg Haider dans les années 2000 est le premier État à faire l'objet d'une suspension.

37. Cf. *Pouvoirs*, n° 169, *Les démocraties*, Paris, Seuil, 2019 (en accès libre sur Revue-Pouvoirs.fr) ; Fareed Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, n° 99, 1998, p. 17-26.

38. Commission de Venise, « Liste des critères de l'état de droit », 18 mars 2016, CDL-AD(2016)007-f, p. 5.

qui n'est en soi pas inhabituel : les valeurs ou les principes doivent leur survie aux digues qui les entourent et à leurs gardiens mais, une fois que les digues cèdent, il devient impossible de garantir leur existence, qui se révèle parfois aussi fragile qu'éphémère.

Des systèmes liberticides et agressifs tant à l'extérieur qu'à l'intérieur se trouvent alors confrontés aux « critères » angéliques de l'État de droit, qui, selon le « nouveau cadre » de l'Union européenne défini en 2014, « est progressivement devenu un modèle d'organisation dominant dans le droit constitutionnel moderne et dans les organisations internationales [...] pour encadrer l'exercice de la puissance publique ». Au sein de l'étude de la Commission de Venise, on rencontre « prééminence du droit » tantôt comme expression synonyme de l'État de droit, tantôt comme un syntagme à la signification autonome, avant d'y lire que « la notion d'État de droit repose sur un droit sûr et prévisible, dans lequel toute personne a le droit d'être traitée par les décideurs de manière digne, égale et rationnelle, dans le respect du droit existant, et de disposer de voie de recours pour contester les décisions devant des juridictions indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable ». Vient alors, encore une fois, l'interrogation sur la nécessité de proclamer l'État de droit, alors qu'il suffirait de souligner l'importance normative des principes énumérés sans forcément recourir à une notion-éventail qui se déploie jusqu'à l'infini.

La confusion des notions et de leurs significations est également nourrie par des signaux contradictoires venant des États membres eux-mêmes. Difficile de rester impassible lorsqu'on découvre tout d'abord, dans l'étude française sur l'État de droit, énoncé d'un ton évoquant l'humilité, qu'il « ne désigne rien de précis en droit public français positif », pour ensuite plonger dans une déclaration défiant toute modestie : la notion reposerait sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « qui a joué un rôle important en offrant notamment les bases à la construction d'un libéralisme juridique au fondement de la tradition allemande de *Rechtsstaat* », et pour finir par le constat que « la diffusion du concept "État de droit" [...] vient de l'existence d'un dialogue entre juristes allemands et français particulièrement intense au cours de la période 1870-1918 »³⁹ (!). La situation est d'autant plus gênante que, si on se plonge dans l'étude consacrée à l'Allemagne, on constate sans surprise que « le concept de *Rechtsstaat* [y] est considéré, d'une part, comme un concept spécifiquement allemand, d'autre

39. Marie-Claire Ponthoreau, « L'État de droit, une perspective de droit comparé – France », Service de recherche du Parlement européen, avril 2023, p. IX.

part comme appartenant à la tradition européenne [...] et présentant des similitudes avec d'autres concepts occidentaux – comme la *rule of law* et la *natural justice*. Néanmoins, le principe du *Rechtsstaat*, “avec ses caractéristiques étroites et spécifiques”, devrait faire partie de la “voie particulière” [*Sonderweg*] du constitutionnalisme allemand »⁴⁰. L'appropriation française du concept allemand est peut-être terminée, mais elle n'est pas encore *digérée*.

LE « PARADIS CÉLESTE DES CONCEPTS »⁴¹ OU L'IMPOSSIBLE DÉSACRALISATION

Aujourd'hui, l'État de droit comme objet fantasmé semble avoir complètement coupé le cordon intellectuel et conceptuel le liant à l'Allemagne du XIX^e siècle, sans réellement s'élever au rang de concept normatif autonome opérant dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative. Par ailleurs, en France, on n'en trouve pas d'ancrage textuel, ce qui ne facilite pas son traitement. Son association à d'autres principes – la démocratie, la souveraineté, le régime libéral – n'est pas d'une grande aide et brouille souvent les pistes : comment définir l'État de droit si l'expression est interchangeable avec d'autres règles cardinales du droit public et, au-delà, de la science politique ? Si on pouvait remplacer la notion par l'emploi d'autres principes, il s'agirait alors d'une simple tautologie afin d'amplifier « l'effet » État de droit.

Jean-Marc Sauvé, vice-président honoraire du Conseil d'État, affirme que « la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice ont été un fondement essentiel et même la matrice de la garantie de l'État de droit, sans laquelle il n'est pas de démocratie⁴² ». Le lecteur est perplexe. Est-ce que ce sont la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice qui constituent le fondement de validité de l'État de droit, ou l'inverse ? Ou alors le fondement de validité dépendrait-il du *point de vue* ? Pourquoi recourir à la notion globale et indéterminée si l'on peut se contenter de constater l'importance des deux principes garantissant la protection de la liberté individuelle ? Sans doute parce que l'État de droit exerce un

40. Franz Reimer, « Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive – Deutschland », Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments, mars 2023, p. 1. Aucun auteur français n'est cité.

41. Rudolf von Jhering, « Im juristischen Begriffshimmel », in *id.*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1891, p. 247 et suiv.

42. « L'État de droit aujourd'hui », conférence prononcée le 17 septembre 2024 (disponible sur RevueDLF.com).

pouvoir d'attraction qui dépasse la capacité d'entendement raisonnable. Laurent Fabius, ancien Premier ministre et président du Conseil constitutionnel, proclame que « l'État de droit est la condition de la démocratie⁴³ », en réaction aux propos du ministre de l'Intérieur, Bruno Retailleau, qui, expliquant⁴⁴ que « l'État de droit, ça n'est pas intangible, ni sacré [...], [c']est un ensemble de règles, une hiérarchie des normes, un contrôle juridictionnel, une séparation des pouvoirs, mais la source de l'État de droit, c'est la démocratie, c'est le peuple souverain », se trouve attaqué de toutes parts, avant d'être secouru par une étonnante tribune signée par cent soixante-dix parlementaires (parmi lesquels plus de sénateurs que de députés) clamant de leur côté : « L'État de droit est essentiel à la démocratie, mais il n'a jamais été figé. » Sans tomber dans le piège de la surenchère interprétative d'entretiens et de déclarations politiques, il ne serait pas superflu de constater l'informité de la notion d'État de droit dans le discours politique : les concepts les plus divers s'y retrouvent et puisent dans une source, la démocratie, ce qui annule sa représentation dans des systèmes organisés autour du principe monarchique, mais ne dit pas davantage sur la manière de *penser* la notion.

Si l'État de droit était défini par sa finalité – la protection de la liberté individuelle –, il ne posséderait pas le caractère exclusif de cette protection, puisque d'autres instruments pourraient la garantir de la même manière. Mais si on décidait de soumettre ou de conditionner l'existence de ces instruments à l'État de droit, en tant que fondement de leur validité, la notion accomplirait un rôle purement symbolique et ne serait que fonction des éléments que l'on y soumet ou qu'on en enlève. Il convient de délivrer l'État de droit d'une noblesse qui lui commanderait (toujours) l'accomplissement d'objectifs moralement (et pas seulement juridiquement) élevés. Il est très incertain que le principe de neutralité axiologique puisse s'appliquer aux théories de l'État de droit qui contiennent une charge politique, voire émotionnelle, très forte qu'elles n'arrivent pas à évacuer. Le *Rechtsstaat* est devenu plus qu'une mécanique de soumission de l'État au droit permettant l'épanouissement des individus, il s'est mué en l'âme d'une époque : celle des libertés individuelles, de l'interdiction d'exercer un pouvoir arbitraire, de la protection juridictionnelle dans

43. À l'occasion de La Nuit du droit 2024 (*Le Figaro*, 3 octobre 2024) ; cf. également son discours prononcé le 8 janvier 2024 lors des vœux du Conseil constitutionnel au président de la République : « Il faut toujours veiller à respecter l'État de droit, qui se définit par un ensemble de principes cardinaux comme la séparation des pouvoirs, le principe de légalité et l'indépendance des juges » (disponible sur [Conseil-constitutionnel.fr](https://www.conseil-constitutionnel.fr)).

44. *Le Journal du dimanche*, 29 septembre 2024.

un cadre constitutionnel démocratique. Mais il n'est point exclu que l'âme de l'époque puisse changer : le registre historique de la notion témoigne de la perversion avec laquelle les idéologues nazis en ont fait usage tout en dynamitant sa construction libérale. Toutes les garanties, même celles qui font l'objet d'incantations et de louanges continues, ne sont que des digues fictionnelles. En ce sens, l'État de droit est réputé indestructible aussi longtemps que nous croyons en son « intangibilité ». Il est là, quelque part, dans le ciel des concepts juridiques, sans contenu figé, avançant couvert d'un voile vaporeux qui change d'épaisseur en se conformant aux discours terrestres. S'agit-il d'un concept matériel, formel ou temporel ? Sans doute un peu des trois. Est-ce qu'il s'agit d'un « système de croyances passées »⁴⁵ ?

Le constat est banal : des expressions identiques recouvrent (souvent) des réalités différentes, parfois diamétralement opposées. Il est possible de livrer le logiciel de l'État de droit, de la démocratie, du régime libéral, mais nul ne peut garantir l'exécution uniforme ou, *a minima*, conforme au mode d'emploi, puisque le mode d'emploi n'existe tout simplement pas ou n'est pas traduit dans toutes les langues au sein desquelles l'expression a été importée. De même, une partition peut être interprétée de façons différentes, selon la qualité de l'interprète et sa compréhension intime de l'œuvre. Le compositeur n'a aucune possibilité de garantir la *juste* interprétation de sa musique. Nous voulions la partition du *Rechtsstaat*, mais nous avons peut-être obtenu l'interprétation, dans une autre tonalité, de l'État de droit (désacralisé ?).

Ici prend fin la brève enquête sur les traces d'une notion *ambiguë*, faisant désormais partie de l'espéranto juridique, à la fois omniprésente grâce à son pouvoir d'attraction et absente à cause de sa définition toujours en construction, qui laisse un goût exquis d'inachevé.

45. Quentin Skinner, *La Vérité et l'Historien*, Éditions de l'EHESS, 2012, p. 42.

R É S U M É

S'il n'est pas difficile de situer la naissance du concept de Rechtsstaat en Allemagne, il n'est en revanche pas aisé de le suivre à la trace lors de ses importations, ses traductions, ses transformations. Objet de tous les fantasmes, l'État de droit recouvre des réalités bien différentes, parfois inconciliables au regard de son histoire sinueuse : on y inclut la soumission de l'État au droit, la séparation des pouvoirs, la protection des droits, l'indépendance des juges, et même le principe démocratique. Notion-éventail se dépliant à l'infini et exerçant un pouvoir enchanteur sur les juristes, les responsables politiques et les journalistes, l'État de droit est partout. C'est sans doute sa définition instable, au contenu incertain, qui est à l'origine de ce succès et qui laisse sans réponse satisfaisante la question de savoir comment penser le label « État de droit » dans les systèmes démocratiques et libéraux contemporains.

L'ÉTAT DE DROIT,
UN CONCEPT OCCIDENTAL ?

Si la mondialisation de l'expression « État de droit » ou de ses équivalents ne fait guère de doute et a donné lieu à une ample littérature, nous sommes loin d'avoir une histoire intellectuelle globale de ce concept qui permettrait de voir comme il a été reçu, développé ou refusé à travers tous les continents. Les études historiques menées en Allemagne ont montré que le mot *Rechtsstaat* est un néologisme de la fin du XVIII^e siècle, apparaissant dans un ouvrage publié à Strasbourg en 1798 qui traitait des théories de l'État de Kant et de ses partisans, puis utilisé par les libéraux von Mohl, Welcker et Rotteck (aussi bien que par le conservateur Stahl) avant de devenir le titre d'un ouvrage programmatique d'Otto Bähr en 1864 et un thème en faveur du développement de la justice administrative chez von Gneist¹. Il est clair que les expressions d'« État de droit », de *Stato di diritto*, d'*Estado de derecho* ou d'*Estado de direito* sont des traductions en français, en italien, en espagnol et en portugais de ce nom de concept forgé en Allemagne et transplanté dans ces pays européens au cours du XX^e siècle. Mais, dès que l'on sort du cercle de ces quelques langues européennes, les problèmes de traduction apparaissent, en lien aussi avec les interrogations sur la définition même de ce concept et sur sa place dans le droit positif².

21

Plusieurs questions se posent alors pour étudier ce qui constitue, selon le vocabulaire proposé par Michel Troper, un nom de concept, un concept du droit et un concept de la science du droit (sachant que pendant longtemps cette expression a été ignorée du grand public)³. La première question est celle de la possibilité d'équivalents linguistiques du nom de concept « État de droit »

1. Michael Stolleis, « Rechtsstaat », in Adalbert Erler et Ekkehard Kaufmann (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1990, t. 4, p. 367-375.

2. Voir, *supra*, Maria Kordeva, « L'État de droit : crise de définitions », p. 7-20.

3. « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le Droit et la Nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 255-268.

qui ne soient pas la traduction littérale du vocable allemand « *Rechtsstaat* ». Elle se pose essentiellement pour l'expression anglaise « *rule of law* », que l'on relie d'ordinaire à Dicey et à son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885). Prenons, à titre d'exemple, la publication officielle de la Constitution de la Confédération suisse sur le site internet du droit fédéral Fedlex. L'article 5 a les titres suivants dans les quatre langues officielles de la Confédération : « Principes de l'activité de l'État régi par le droit » en français, « *Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns* » en allemand, « *Stato di diritto* » en italien, « *Principis da l'activitad dal stadi da dregt* » en romanche. Le même site propose une traduction anglaise de cet article avec le titre « *Rule of law* ». Si une partie de la littérature juridique trouve une relative équivalence entre « État de droit » et « *rule of law* »⁴, plusieurs auteurs, inspirés par la tradition anglo-américaine, mettent en avant des différences notables entre les deux concepts, celui d'État de droit étant jugé en général plus restrictif⁵. Dans la mesure où les mêmes auteurs étudient et comparent les textes constitutionnels où figure l'une ou l'autre de ces expressions, nous les considérerons toutes les deux relever la présence d'un même nom de concept dans le droit positif d'un grand nombre de pays. Cela n'empêche pas que ce nom de concept, devenu une sorte de standard ou de slogan, puisse correspondre à des concepts différents en fonction des définitions données (essentiellement par les juristes) à ces termes. D'ailleurs, les mêmes auteurs qui cherchent à distinguer État de droit et *rule of law* reconnaissent que la définition des différents concepts qu'ils recouvrent est plurivoque, contestée, et même rendue quasi impossible par une utilisation galvaudée de ces deux expressions. Une distinction est souvent faite entre, d'un côté, un concept « formel » ou « *thin* » de l'État de droit et de la *rule of law* et, d'un autre côté, un concept « substantiel » ou « *thick* » reflété par les mêmes noms de concept. Le fait que des auteurs rattachent telle ou telle de ces conceptions plutôt à l'État de droit ou à la *rule of law*, en fonction de leurs traditions nationales ou de leurs idéologies, ne doit pas nous arrêter, mais nous amener à considérer cette palette de significations, de même que nous devons prendre en compte l'identification effectuée par Kelsen entre État (moderne) et ordre juridique qui fait de l'État de droit une tautologie.

Ces questions de méthode sont particulièrement importantes si l'on veut réfléchir aux rapports qu'entretiennent les droits et les juristes des pays africains, asiatiques ou océaniques avec un nom de concept qui depuis

4. Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 2.

5. Randall Peerenboom (dir.), *Asian Discourses of Rule of Law*, Londres-New York (N. Y.), Routledge, 2004, p. 2 ; James R. Silkenat, James E. Hickey Jr. et Peter D. Barenboim (dir.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Londres, Springer, 2014, p. 4 ; Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2023, p. 8.

l'Europe s'est répandu dans certaines parties de l'Amérique. Pour déterminer si l'État de droit ou la *rule of law* sont ou non des concepts imposés par les Occidentaux au reste du monde, notamment à leurs anciennes colonies, il faut un moment écarter les a priori et examiner la présence du « mot » à travers les textes de droit positif (en particulier constitutionnel), avant de s'interroger sur l'existence ou non de la « chose » dans les situations du passé appréhendées par une histoire globale du droit. Plutôt que de partir d'une analyse du concept pour voir dans quelle mesure et depuis quand il est utilisé en dehors de l'Occident, nous proposons une approche positiviste et historique fondée sur la distinction entre les concepts du droit et ceux de la science du droit. Comme l'ont fait déjà beaucoup d'auteurs, nous pouvons relever la présence des expressions « État de droit » et « *rule of law* » dans les constitutions et, de manière plus éparse, dans les décisions judiciaires d'un grand nombre d'États de tous les continents. Après cette enquête empirique, nous pourrions nous demander si ce concept forgé en Occident, avec ses diverses significations, peut être appliqué à l'histoire des droits non occidentaux.

23

LA PORTÉE D'UN USAGE HORS D'OCCIDENT

Il n'y a pas lieu d'être surpris par l'emploi du terme *Rechtsstaat* dans la Loi fondamentale allemande de 1949, même s'il faut relever que l'expression figure à l'article 28 à propos de l'ordre constitutionnel des *Länder* et non à l'article 20 sur les caractères de l'État fédéral.

On retrouve l'État de droit (souvent accompagné de l'adjectif « démocratique ») dans la Constitution portugaise de 1976 (art. 2), dans la Constitution espagnole de 1978 (préambule et art. 1) et dans la plupart des constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale après l'effondrement du bloc soviétique – Albanie (préambule), Biélorussie (art. 1), Bosnie-Herzégovine (art. 2), Bulgarie (art. 4), Croatie (art. 3), Hongrie (art. B), Lettonie (préambule), Lituanie (préambule), Macédoine du Nord (préambule), Moldavie (préambule), Monténégro (art. 1), Roumanie (art. 1), République tchèque (préambule, art. 1 et 9), Serbie (art. 3 et 19), Slovaquie (art. 1), Slovénie (art. 2), Ukraine (art. 8). C'est un truisme de constater que cette expression a été utilisée après la sortie de régimes dictatoriaux pour réaffirmer la primauté du droit. Elle est pourtant absente des constitutions italienne de 1947, grecque de 1975 et française de 1958 (de même que 1946). La Constitution estonienne de 1992 parle d'un État « fondé sur la liberté, la justice et le droit ». De plus, la formule a été introduite dans les constitutions de la Turquie en 1982, d'Andorre en 1993, de la Finlande en 2000, et sous la forme de la « primauté du droit » dans la Constitution norvégienne en 2012. C'est seulement en 2005

que le *Constitutional Reform Act* a fait référence explicite, au Royaume-Uni, à la *rule of law*, dans une formulation précisant que cet acte constitutionnel n'affecte pas « *the existing constitutional principle of the rule of law* ». Quant à la Constitution russe de 1993, elle utilise dans son article 1 l'expression « *pravovoe gosudarstvo* » considérée en général (bien qu'il y ait des discussions) comme équivalente à celle d'État de droit. On voit que l'État de droit figure dans environ la moitié des constitutions européennes, avec une claire fonction de rupture avec le passé au Portugal, en Espagne et dans plusieurs pays d'Europe de l'Est, mais aussi un caractère distinct, relevant davantage de la modernisation des textes anciens dans certaines constitutions.

24 L'État de droit ou la *rule of law* sont également présents dans la moitié des constitutions américaines (dix-sept sur trente-cinq), dans une seule constitution en Amérique du Nord (celle du Canada, la Charte canadienne des droits et libertés commençant par la formule « *Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law* »), dans plusieurs constitutions de l'espace caraïbe depuis les années 1960 (Bahamas, Barbade, Dominique, Grenade, Sainte-Lucie, Trinité-et-Tobago – dans ces constitutions d'anciennes colonies britanniques, la *rule of law* est associée à des valeurs spirituelles, voire chrétiennes), et dans des constitutions d'Amérique centrale et du Sud, souvent à l'occasion de transitions démocratiques. Ainsi la Constitution brésilienne de 1988 définit-elle le Brésil comme un *Estado democrático de direito*, la Constitution colombienne de 1991 parle-t-elle d'*Estado social de derecho* et celle du Pérou d'*Estado democrático de derecho*. En 1999, une formule proche (*Estado democrático y social de derecho y de justicia*) se retrouve dans la constitution inspirée par la pensée révolutionnaire et la pratique autoritaire du président Hugo Chávez.

C'est en Afrique que la progression des références constitutionnelles à l'État de droit ou à la *rule of law* est le plus spectaculaire, avec presque quarante constitutions utilisant ces expressions. S'il ne faut peut-être pas attacher une trop grande portée à l'article 28 de la Constitution de l'île Maurice, selon laquelle le président de la République doit assurer que « *the institutions of democracy and the rule of law are protected* », il faut relier les constitutions de São Tomé-et-Príncipe (1975), du Cap-Vert (1990 – alors qu'il était question en 1980 d'un État de démocratie révolutionnaire), du Mozambique (2001) et d'Angola (2020) qui utilisent l'expression portugaise *Estado do direito democrático*, les constitutions du Bénin (1990), du Burkina Faso (1991), de Djibouti (1992), du Tchad (1996), du Sénégal (2001), du Rwanda (2003), de la République démocratique du Congo (2006), de Madagascar (2010), du Maroc (2011), du Congo (2015), de Côte d'Ivoire (2016), de Guinée (2021), du Gabon (2023), de Centrafrique (2023), du

Mali (2023), du Togo (2024) qui parlent de l'État de droit et les constitutions de Zambie (1991), du Ghana (1992), du Malawi (1994), d'Ouganda (1995 – dans les devoirs des citoyens, à l'article 29, « *to promote democracy and the rule of law* »), d'Afrique du Sud (1996), de Gambie (1996), du Zimbabwe (2016), qui se réfèrent à la *rule of law*. Il faut y ajouter des correspondants dans d'autres langues en Éthiopie (1994), en Érythrée (1997), au Soudan du Sud (2011), en Égypte (2014) ou au Soudan (2019).

En comparaison, seuls dix-huit pays d'Asie ont eu recours à des formulations susceptibles d'être traduites par État de droit ou *rule of law* dans des contextes politiques très différents, comme les Philippines (1987), la Mongolie (1992), les Émirats arabes unis (1993), la Chine (troisième amendement, en 1999), l'Indonésie (troisième amendement, en 2001), l'Irak (2005), le Kirghizistan (amendement de 2010) ou la Syrie (2012). Dans la mesure où seules les Philippines ont un texte constitutionnel officiel en anglais qui parle de la *rule of law*, il faut se montrer très prudent sur les traductions. Par exemple, pour la Chine, la Constitution parle de « *yi fa zhi guo* », ce que les spécialistes traduisent plutôt par « gouvernement en s'appuyant sur le droit », relevant les équivoques du discours développé par les dirigeants chinois à ce sujet à partir de 2012 et dans les derniers amendements constitutionnels, adoptés en 2018⁶.

25

En dépit des difficultés à déterminer le sens et la portée de ces textes constitutionnels (plus d'une centaine, mais concernant moins de 60 % des États dans le monde), plusieurs constatations peuvent être faites sur la mondialisation des expressions « État de droit » et « *rule of law* ». D'origine incontestablement européenne, portées par la Commission de Venise au sein du Conseil de l'Europe depuis 1990 et par l'Union européenne (art. 2 du TUE, qui parle d'État de droit en français et de *rule of law* en anglais), absentes dans la Constitution des États-Unis, ces expressions ont largement pénétré les autres continents. Dans bien des cas, elles ont été introduites à partir des années 1990 dans de nouvelles constitutions à la suite de processus de transition démocratique ou se présentant comme tels. En Afrique francophone, les préambules de ces constitutions affirment tous une « détermination » à « créer », « établir », « instaurer », « bâtir », « construire » un État de droit. Sauf les quelques cas mentionnés d'anciennes colonies britanniques de l'espace caraïbe ayant fait référence dès les années 1960 à la *rule of law* associée à des « valeurs spirituelles », ces constitutions récentes ne sont pas les héritières directes du colonialisme et des premières décennies postcoloniales. La dernière constitution du Mali, entrée en vigueur en 2023, fait

6. Christine Chaigne « Chine et État de droit », *Les Cahiers Portalis*, n° 5, 2018, p. 111-118 ; Feng Lin, « Les amendements constitutionnels de 2018 », *Perspectives chinoises*, n° 1, 2019, p. 11-22.

référence aux martyrs du colonialisme et à l'avènement de l'État de droit après le retrait des troupes françaises de ce pays. L'État de droit et la *rule of law* sont devenus des standards internationaux, même si ces expressions sont absentes d'un nombre non négligeable de constitutions et évoquent des conceptions différentes comme le montrent les problèmes de traduction. On peut, bien sûr, s'interroger sur ces proclamations de respect pour la primauté du droit, souvent associées à l'affirmation des caractères « démocratique » et « social » de l'État. Une étude à réaliser sur l'emploi de ces expressions dans les décisions judiciaires pourrait peut-être nous en dire plus. Seule la Constitution népalaise de 2015 parle du « *concept of rule of law* », mais elle ne le définit pas davantage que les autres textes constitutionnels brandissant ce qui peut apparaître comme un talisman de la postmodernité juridique. En se tournant vers l'histoire, on peut néanmoins se demander si, au-delà
26 des textes de droit positif et sous d'autres noms, l'État de droit n'a pas existé en dehors d'Europe et dans des périodes plus anciennes.

UNE HISTOIRE DE L'ÉTAT DE DROIT SOUS D'AUTRES NOMS

À première vue, la recherche des emplois historiques des expressions État de droit et *rule of law* en dehors des textes de droit positif (qui sont tous des textes récents dans ce domaine) et l'enquête sur l'existence de la « chose sans le nom » dans les ordres juridiques du passé n'ont pas de rapport entre elles. Pour autant, dans les deux cas, la méthode historique doit recourir à des idéal-types ou métaconcepts avec des définitions minimalistes et assez neutres pour pouvoir être utilisées dans différentes époques, langues et aires culturelles. N'est-ce pas ce que nous faisons, ou devrions faire, avec l'emploi en histoire du droit des deux termes qui composent ce syntagme, « État » et « droit » ? Si la discussion est heureusement ouverte sur l'emploi de ces métaconcepts et les conceptions divergentes, la recherche en histoire du droit s'est majoritairement orientée vers la reconnaissance de la naissance de l'État moderne au XVI^e et au XVII^e siècle (en Europe, mais aussi dans les empires ottoman, safavide et des Grands Moghols) comme vers les thèses de l'invention du droit dans des aires séparées (en Chine, au sein du bassin méditerranéen et particulièrement à Rome, au Proche-Orient avec davantage de controverses sur la paternité de cette invention). La méthodologie de l'histoire du droit s'appuie à la fois sur les définitions étroites de l'État de droit (celles précédemment évoquées de Kelsen qui identifient l'État moderne et l'ordre juridique, tout en reconnaissant qu'il y a eu des ordres juridiques avant les États modernes), sur celles qui sont qualifiées de formelles (ou, en anglais,

de *rule by law*) et sur celles qui sont les plus substantielles et exigeantes en matière de respect des droits de l'homme ou de valeurs contemporaines (appréciées dans une perspective qui relève davantage du « présentisme »).

En suivant la perspective de l'invention du droit comme une technologie et en employant le vocabulaire de Kant dans sa *Rechtslehre* sur « l'état juridique » (*rechtliche Zustand*, qui ne se confond pas avec l'état social)⁷, l'on peut considérer que les textes résultant des fouilles archéologiques en Chine (notamment la bibliothèque de textes de loi retrouvée dans la tombe d'un juge mort en 271 avant notre ère, à Shuihudi) ou ce que nous savons du contenu de la loi des Douze Tables en 450 avant notre ère à Rome permettent de parler d'état juridique pour ces deux civilisations qui ont développé leur système légal pendant des siècles avec des formes de continuité.

Parler d'État de droit pour les développements du droit romain depuis la loi des Douze Tables jusqu'aux compilations de Justinien pose toute une série de problèmes, alors même que personne ne met en doute la place éminente du droit dans la civilisation romaine. De nombreuses interrogations subsistent sur l'application du terme d'État à la République puis à l'Empire romain, même si l'expression *status rei Romanae* figure dans la célèbre définition du *jus publicum* par Ulpien au début du *Digeste* (I, 1, 1, 2) et que l'on peut parler pour les normes du droit romain d'une hiérarchie dynamique (du fait de l'abrogation des lois anciennes par les lois nouvelles) et statique (du fait de la subordination des contrats et des jugements aux lois). La constitution *Digna vox* dans le code de Justinien (I, 14, 4) est souvent citée dans la mesure où elle affirme qu'il est digne de l'empereur de se considérer comme assujéti aux lois, et de ne pas faire ce qui n'est pas licite, cette soumission aux lois accroissant l'*imperium* (*maius imperio est submittere legibus principatum*). Sans négliger l'impact idéologique de ce texte, par ailleurs tardif et isolé, il faut rappeler que « le prince n'est pas lié par les lois » (*princeps legibus solutus est* – *Digeste*, I, 3, 31) et que nous avons peu d'exemples d'un contrôle effectué sur les actes émanant de l'empereur, en dehors d'une constitution de Constantin (*Code théodosien*, I, 2, 2) rendant invalides les rescrits impériaux *contra jus* et destinée à lutter contre les fraudes qui consistent à surprendre la bonne foi de l'administration impériale. Plutôt que d'un gouvernement du droit, il faut sans doute parler d'un gouvernement par le droit, comme le dit la seconde préface du code de 529 faisant des armes et des lois les deux instruments de protection de la *res publica*. Si les armes sont réglées par les lois, les lois ont besoin du secours des armes.

27

7. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2^e éd., Königsberg, Nicolovius, 1798, § 41, p. 155 (trad. fr. in *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, 1986, t. 3, p. 572-573).

Cette idée exprimée par l'expression anglaise « *rule by law* » est souvent appliquée à l'ancien droit chinois, un droit exclusivement impérial, contenu dans des lois réunies en codes et appliqué par une hiérarchie d'agents polyvalents (à la fois administrateurs et juges) qui justifierait l'emploi (très commun dans l'historiographie) du mot anglais de *state* dès les périodes de l'Antiquité. Le code de la dynastie Tang en 737, qui est le premier dont le texte intégral nous soit parvenu, contient une sorte d'introduction que l'on peut comparer à la seconde préface du code de Justinien. Établissant une sorte d'histoire de la législation depuis la dynastie Zhou et de la codification depuis la dynastie Han, cette préface justifie les règles pénales du code par la menace que les criminels font peser sur l'ordre du monde et par la nécessité de les punir, tout en expliquant clairement leurs fonctions judiciaires aux agents de l'empereur. Avant cinq cent deux articles, pour la plupart assortis de peines correspondant

28 à des crimes ou des délits (dont une partie concerne les abus de pouvoir des fonctionnaires), ce texte évoque les idées de ceux qu'on appelle traditionnellement « légistes », par référence à dix ouvrages cités comme émanant de « théoriciens » du droit (*fajia*) dans la bibliothèque des empereurs Han. Seules les œuvres de deux auteurs (Li Kui et Shang Yang) et des fragments de trois autres nous sont parvenus et les spécialistes mettent aujourd'hui en doute l'existence d'une « école ». S'il est vrai qu'il a existé un débat entre les partisans du gouvernement par les rites et la bienveillance préconisé par Confucius et les conseillers de l'empereur insistant sur la nécessité des lois pénales, il n'y a jamais eu d'affirmation dans la Chine impériale d'une soumission de l'empereur à ses propres lois. Très en avance sur l'Occident en termes de légalité des délits et des peines, les codes chinois laissaient une certaine latitude à l'arbitraire des juges et accordaient un régime de faveur aux membres des classes supérieures, ce qui apparaît contraire aux critères de la *rule of law* selon Dicey⁸.

Des études menées à la fin des années 2010 ont questionné l'existence ou non d'équivalents à la *rule of law* dans l'Empire ottoman et dans le Japon à partir de l'ère du Meiji. Les travaux d'Avi Rubin sur les tribunaux séculiers (*Nizamiye*) établis en 1864, avec leur hiérarchie de recours inspirés des procédures françaises d'appel et de cassation, ainsi que sur la positivisation du droit par la rédaction de codes mêlant l'influence des modèles occidentaux à la préservation des règles de la science islamique du droit (*fiqh*), l'ont amené à s'interroger sur l'acculturation du recours au droit et à l'invocation de sa

8. Le débat sur la pensée des « légistes » et la *rule by law* est clairement exposé dans Zhengyuan Fu, *China's Legalists: The Earliest Totalitarians and their Art of Ruling*, Armonk (N. Y.)-Londres, M. E. Sharpe, 1996 ; cf. le compte rendu critique de cet ouvrage par Yang Guobin dans *China Review International*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 389-396.

primauté, dans le contexte de procès politiques ou d'actions de simples particuliers⁹. Les conclusions d'Avi Rubin sont nuancées sur l'application de l'expression turque « *hukuk devleti* » (État soumis au droit) à la configuration de l'ordre juridique ottoman tardif : s'il y avait bien des moyens judiciaires d'agir contre les agents de l'État, le sultan n'était pas soumis aux lois et pouvait utiliser des procédures arbitraires, tout en ménageant une place non négligeable au droit dans le discours utilisé dans les cours de justice, dans la correspondance administrative et dans les écrits des universitaires.

Au Japon, où l'empereur Meiji ordonna la rédaction de codes, la réforme de la justice avec l'instauration d'une Cour de cassation et d'une juridiction administrative, le principe de légalité de l'action administrative pénétra dès la fin du XIX^e siècle et le *Rechtsstaat* allemand fut traduit par l'expression japonaise « *hōchi kokka* »¹⁰. Dans la mesure où cette formulation a été utilisée aussi pour légitimer les actes des gouvernements autoritaires et militaires des années 1930 et 1940 (comme le *Rechtsstaat* a été invoqué par les nazis), il s'agit d'une conception formelle de l'État de droit, ou de la *rule by law*, avant que la démocratisation intervenue après la Seconde Guerre mondiale ne suscite des traductions en japonais de la *rule of law* (*hō no shihai*) dans un sens plus substantiel. Ici aussi, il est possible d'identifier des formes spécifiques de l'État de droit qui ne sont pas la simple transposition d'un modèle occidental.

Ces quelques exemples invitent à poursuivre les enquêtes historiques en décentrant le concept occidental d'État de droit et en tenant compte des observations de Lauren Benton sur un article de Jonathan Ocko et David Gilmartin qui fait la comparaison entre la *rule of law* dans la Chine de la dynastie Qing et dans l'Inde britannique¹¹. Dans le passé, comme dans le présent, il ne faut pas céder à l'illusion que des discours (répétés depuis longtemps dans diverses aires culturelles) sur la primauté du droit soient le facteur le plus influent dans le fonctionnement des institutions étatiques ou non étatiques : ce sont les règles de droit, leur application et leur changement qu'il faut comparer dans l'espace et dans le temps.

29

9. « Was There a Rule of Law in the Late Ottoman Empire? », *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 46, n° 1, 2019, p. 123-138 ; *Ottoman Rule of Law and the Modern Political Rule: The Yildiz Case*, Syracuse (N. Y.), Syracuse University Press, 2018.

10. Cf. Nathan Bériodot, *L'Exercice du pouvoir judiciaire par la Cour suprême du Japon. Contribution à la réflexion sur l'État de droit au Japon*, Montpellier, Presses universitaires de la Méditerranée, 2024, notamment p. 149-151, sur les tensions avec le *kokutai*, principe de l'identité du pouvoir impérial au Japon en réaction à l'Occident. La notion de *rule of law* paraît avoir été introduite au Japon après 1945, par les travaux sur le droit anglo-américain de Kazuo Tanaka.

11. « Not Just a Concept: Institutions and the "Rule of Law" », *Journal of Asian Studies* 2009, vol. 68, n° 1, p. 117-122 (l'article cité d'Ocko et Gilmartin a été publié dans le même numéro, p. 55-100).

R É S U M É

Une enquête sur la présence du concept d'État de droit hors d'Europe suppose une distinction entre le nom de concept (avec ses problèmes de traduction) et le concept (avec ses problèmes de définition). Elle peut être déployée dans l'espace par l'étude de la présence des formulations sur l'État de droit ou la rule of law dans les constitutions actuelles des pays de tous les continents. Elle peut être faite dans le temps en s'interrogeant sur l'existence de la « chose État de droit sans le nom » dans des systèmes juridiques extra-européens du passé.

CONTESTER L'ÉTAT DE DROIT

Gustave Flaubert en aurait fait une notice pour son *Dictionnaire des idées reçues* : « État de droit : le contester, résolument ! ». Mais, disparu en 1880, il n'a pas pu suivre le tournant démocratique de la III^e République, avec l'arrivée des républicains au pouvoir, ni se confronter à ce paradoxe d'un régime politique qui établit un droit à la contestation, notamment par la loi sur la liberté de la presse (1881). Il n'aura pas non plus assisté au développement d'un terrorisme anarchiste fin de siècle, hostile à une république qualifiée de bourgeoise et de liberticide, et qui la conteste, l'arme au poing, jusque dans les prétoires. La démocratie, émergente, se heurtait déjà brutalement à ce dilemme philosophique de tolérer, ou non, les discours hostiles, surtout lorsqu'ils légitiment une contestation armée.

31

Un siècle plus tard, dans « Objections contre une prise d'armes », un texte publié en 1985 sous la houlette de François Furet, Antoine Liniers, pseudonyme de l'écrivain Olivier Rolin, s'interrogeait : « Pourquoi n'y a-t-il pas eu de terrorisme en France dans les années 70 ? À tout prendre, ce qui est évidemment étrange, ou pour le moins problématique, c'est qu'une action terroriste ait proliféré en Allemagne et en Italie vers la même époque¹. » La question, notamment sous cette plume, n'est pas de pure rhétorique. Rolin, qui fut l'un des responsables « militaires » (*sic...* et cette appellation, qui singe une légitimation étatique, est en soi une indication du registre mimétique revendiqué par la guérilla urbaine) de la Gauche prolétarienne, eut à opter entre la subversion, certes illégale, et le terrorisme. Il choisit de s'en tenir à la subversion, sans engager la GP dans une voie plus radicale, celle des « années de plomb » allemandes et de la « *guerra diffusa* » italienne... un choix que ne firent pas, ces mêmes années, les activistes d'Action directe (fondée en 1979), illustrant, dans le contexte des années Mitterrand et de la « main tendue » à « ceux que

1. *Terrorisme et démocratie*, Paris, Fayard, 1985, p. 137.

la passion politique avait égarés », la dérive violente d'une contestation réitérée de l'État de droit.

Ces deux moments d'une contestation multiforme de l'État de droit en France interrogent le modèle même de cet État, et ses promesses. On devrait espérer que l'État de droit – en considérant d'emblée que l'on parle de la démocratie – laisse suffisamment d'espace à la contestation pour que celle-ci ne déborde pas, et que le droit à la résistance, invoqué par tous les contestataires, soit sans justification, d'autant que la loi émane du consensus. Tel n'est pas le cas et l'État de droit, en Europe, aura connu des formes de contestation violentes.

32 Contester l'État de droit, c'est déjà contester l'État, non pas dans ses actes, mais dans sa nature même, ainsi que dans ses fins. C'est un ensemble de discours et d'actes qui soulignent, non le seul désaccord, mais bien le désaveu, assorti d'une volonté de transformation. Cette contestation, dont il faut interroger les modalités, entre messianisme révolutionnaire et violence émancipatrice, implique également un horizon d'attente qui n'est rien de moins que le renversement de l'État de droit en tant que tel, au nom de diverses idéologies. Selon que l'inspiration soit nationaliste, théocratique ou démocratique, on conteste l'existence même d'un État perçu comme colonial, impie ou bien liberticide. Il ne s'agit pas d'une simple protestation : la contestation porte en elle une forme de radicalité. De ce fait, la violence politique, puisque l'on parle de cette option, se nourrit de ce rapport critique à la nation, à la souveraineté ou à la démocratie et revendique, au rebours de l'État et de son « monopole de la contrainte légitime » wébérien, une autre légitimité. C'est cette quête d'une légitimité alternative qui inspire des discours et des méthodes d'une contestation radicale dont on pourrait, en archéologue, exhumer les modèles.

CONTESTER PAR LA PLUME : LE PROCÈS EN ILLÉGITIMITÉ

La contestation de l'État de droit implique d'en remettre en question les principes mêmes : l'État (dans son acception territoriale, celle d'une souveraineté sur un territoire et une communauté), ou bien la norme telle que définie par le droit. Trois discours contestataires se dessinent alors : le discours nationaliste, qui dénie à l'État sa souveraineté sur un territoire et/ou une communauté, celui de la surenchère démocratique, qui accuse l'État d'être au service d'une classe opprimante, et un discours qu'on appellera, faute de mieux, théocratique, et qui étend le procès en illégitimité à la

nature même de l'État ainsi qu'à sa souveraineté, qui ne procéderait pas d'une volonté populaire, mais d'une sentence divine.

Du point de vue nationaliste, l'affaire est simple et la méthode semble validée par l'histoire. À partir d'un modèle éprouvé depuis la Seconde Guerre mondiale – la Résistance à l'invasion –, les mouvements qui contestent l'État (dans le cas français, les indépendantismes algériens, corses, basques, bretons, etc.) suivent une double stratégie, identitaire d'une part (affirmer une identité et tout du moins l'élaborer, avec une dynamique souvent hégémonique) et militaire de l'autre, avec – charme de l'État de droit – souvent une vitrine partisane légale. Ce schéma, qui se décline dans les conflits de décolonisations comme dans les mouvements indépendantistes contemporains, puise aussi des ressources à l'extérieur, voire de l'espoir (tant la force morale demeure là aussi un élément vital) dans les succès d'autres organisations (sionisme, FLN, etc.). Cette forme de contestation s'apparente à une guerre, une guerre intime et intestine, dont le succès dépend également de la capacité des contestataires à mobiliser et à se légitimer.

33

La surenchère démocratique a les mêmes modalités : une légitimité alternative, des procédures copiées sur celles de la Résistance (et l'on voit même, dans le cas italien des *Brigate rosse*, un « passage de témoin » revendiqué entre anciens résistants et futurs brigadistes *via* le don d'armes dissimulées après la guerre)... mais l'horizon historique dans lequel ces mouvements évoluent est bien différent de celui des indépendantistes. Il ne s'agit pas de combattre un envahisseur, mais de lutter contre un tyran. Or la figure du tyran, dans l'État de droit, est plus difficile à discerner, faute d'incarnation : tout le monde n'a pas la chance d'avoir un *Big Brother* auquel se heurter, même si, et c'est sans doute l'une des explications aux terrorismes allemand, italien et japonais des années 1970, la société demeure durablement traumatisée par la figure de la tyrannie passée. La désignation (et, pour tout dire, la construction) de l'adversaire est donc dans ce cas un enjeu majeur. Dans le même esprit, il s'agit d'opposer à une démocratie « formelle » la démocratie « réelle » postulée par les contestataires.

Les anarchistes de la fin du XIX^e siècle élaborent sur cette base une première conception de l'adversaire qui assimile non seulement la fonction publique (notamment la justice) et la représentation politique, mais plus largement toute la population, à un ennemi, la bourgeoisie. On retient à cet égard les formules employées par le terroriste anarchiste Émile Henry lors de son procès en 1894, qui, plagiant la formule célèbre de Georges Clemenceau, dans son discours de 1891 sur la Révolution française devant être pensée « en bloc », explique qu'il a frappé « en bloc » la bourgeoisie, « cette masse bête et prétentieuse qui se range toujours du côté du plus fort,

clientèle ordinaire du Terminus »... cela aussi au lendemain d'une législation anti-anarchiste (les « lois scélérates ») qui condamnait l'anarchisme « en bloc » également et l'assimilait à une idéologie criminelle.

Au xx^e siècle, et dans le contexte de la guerre froide, la surenchère démocratique élargit la notion d'ennemi à l'impérialisme, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la démocratie occidentale nourrit des pulsions néocoloniales, assumées à travers des conflits comme le Viêt Nam. Cette pluralité des combats voit s'agréger activistes de la gauche extrême et militants de diverses indépendances, à l'exemple de la question palestinienne, première cause véritablement mondialisée dans les années 1970, qui rallie sous sa bannière des « partisans » venus de l'extrême gauche occidentale, latino-américaine et japonaise. En parallèle, la redéfinition de la victime, en écho à celle de l'ennemi, a vu un lien s'établir entre le colonisé et le prolétaire, une autre incitation à lier les combats et les causes.

Plus récemment, la redéfinition de la souveraineté de l'État, adossée non plus à la volonté du peuple mais à une injonction divine, constitue un troisième pan de cette contestation, un pan métaphysique qui récuse l'autorité de l'État de droit, prétention assimilée à un blasphème. Là encore, la démarche contestataire, qui relève en l'occurrence d'une exégèse parfois acrobatique, assimile contestation et conversion, la violence s'inscrivant dans ce processus.

ÉTABLIR UN RAPPORT DE FORCE, DE LA CLANDESTINITÉ AU SABOTAGE

Le procès en illégitimité, quelle que soit l'idéologie qui l'inspire, débouche sur le passage à l'acte. Le combat contestataire, dans sa forme la plus radicale, ne rallie cependant qu'une minorité, un « noyau dur », une « avant-garde » telle que postulée en 1902 par un Lénine qui se demandait « que faire ? ».

Ce questionnement s'impose dans toutes les organisations de manière plus ou moins explicite. Il mène déjà à une première forme de contestation de l'État de droit : la clandestinité, le fait de s'affranchir d'une existence « légale ». La clandestinité a une autre conséquence : elle vise à brouiller, voire effacer la distinction entre le légal et l'illégal, une conséquence dont témoigne Menahem Begin, vétéran de l'Irgoun, dans ses mémoires : « Pour maintenir une clandestinité dans de telles conditions, il faut bien autre chose que la technique des pseudonymes. Ce qui est le plus nécessaire, c'est d'avoir le sentiment qui fait le légal illégal et l'illégal parfaitement légal et justifié. Nous avons ce sentiment au suprême degré. Nous étions convaincus de

l'absolue légalité de nos actions illégales². » La formule de Theodor Adorno dans ses *Minima moralia* (1951) sur la complexité de vivre une vraie vie dans une fausse résonne donc ici avec force. Cette forme de contestation, qui passe, dans certaines organisations, par la destruction symbolique des papiers d'identité, vaut également pour les limites physiques de l'État de droit : les frontières, considérées alors comme des lignes artificielles, perdent toute légitimité et la contestation prend une dimension transnationale. Le modèle de l'anarchisme fin de siècle, qui circule dans toute l'Europe fuyant les législations hostiles, est un bon exemple. Contester l'État de droit, c'est aussi contester son regard.

L'économie des forces éclaire alors l'économie de moyens, expliquant au passage le contraste, souligné par Raymond Aron dans *Paix et guerre entre les nations* (1962), entre l'acte lui-même et l'ampleur de ses conséquences. En ce domaine, on trouve une variété de tactiques et d'actions dont la plupart ne relèvent que d'une perturbation de l'État de droit, et non d'une véritable déstabilisation/confrontation. Le passage à l'acte véritablement contestataire suppose en effet une réflexion stratégique. On ne peut cependant guère créditer les premiers terrorismes, ceux du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, d'une stratégie, à peine d'une forme d'agitation qui vise, avec plus ou moins de succès, chefs d'État et magistrats, sans décapiter le système. Parfois efficace face aux monarchies (et encore : l'assassinat du tsar Alexandre II en 1881 n'entraîne aucune révolution), la violence politique trouve sa limite en contexte démocratique. Quand Pierre Kropotkine – théoricien anarchiste et partisan, en 1872, d'une « propagande par le fait » – admet, le 18 mars 1891 dans *La Révolte*, qu'un « édifice basé sur des siècles d'histoire ne se détruit pas avec quelques kilos d'explosifs », il acte un tournant stratégique, avec le passage des anarchistes au syndicalisme révolutionnaire et à une lutte qui vise moins l'État que le système capitaliste. Rolin/Liniers récuse, dans son témoignage de 1985, la violence politique sur le même constat d'un vide stratégique.

35

Disons, pour schématiser, que contester l'État de droit suppose de se hisser à son niveau : aussi terrible soit-il, l'assassinat d'innocents ne remet pas en cause l'État lui-même, bien que ses effets, en termes de communication, soient immenses. Par contre, bloquer la restauration de l'ordre, ce socle qui légitime la loi, est plus significatif.

C'est le sens même de la défense, « en rupture » avant l'heure, développée dès 1894 par Émile Henry, auteur de l'attentat du café Terminus le 12 février de cette même année. Lors de son procès, il annonce crânement qu'il

2. *La Révolte d'Israël* (1951), Paris, Albatros, 1978, p. 104.

n'attend rien de la justice et qu'il est même pressé d'être livré au bourreau. Le procédé, qui transpose au tribunal le terrain de la contestation, le dénature, le réduisant en une arène où s'affrontent deux ordres qui se récuse l'un l'autre. Il préfigure ainsi la « stratégie de rupture » théorisée en 1968 par maître Jacques Vergès dans *De la stratégie judiciaire*, qui s'apparente à une forme de sabotage de la mécanique judiciaire du retour à l'ordre et assure, dans le prétoire, et avec un écho médiatique conséquent, la continuation de l'attentat par d'autres moyens.

UNE TACTIQUE CONTESTATAIRE : LA GUÉRILLA URBAINE

36 La réflexion stratégique s'affine au xx^e siècle à partir du concept de « guérilla urbaine ». Celui-ci émerge au cours des années 1960, dans une Amérique latine encore orpheline de Bolivar : l'épopée d'un Fidel Castro et de ses guérilleros, partie de l'échec d'un coup d'État artisanal (1956) pour parvenir à une révolution et à la chute d'un dictateur (1959), illustre le mythe, politique, de la révolution populaire libératrice contre le tyran inféodé à des intérêts extérieurs. Un mythe mobilisateur qui voit, dans la figure, messianique, d'un Ernesto « Che » Guevara, médecin, théoricien (*La Guerre de guérilla* est publié en 1960) et praticien de la guérilla, une incarnation. Ce schéma débouche sur des pratiques nouvelles de confrontation à l'État, déclinées dans des manuels de stratégie qui, tous, prennent comme contexte la « *concrete jungle* », la jungle de béton, la ville tentaculaire et surtout l'idée d'un environnement urbain globalement hostile, car « tenu » par les forces de police. C'est à cette jungle-là, une jungle politisée – et non la « *neutral jungle* » de Spencer Chapman (1949) –, que les révolutionnaires sud-américains se confrontent.

Les manuels de guérilla urbaine fleurissent à partir du milieu des années 1960, constituant presque un genre éditorial en soi. Le pionnier du genre est l'Espagnol Abraham Guillén, un vétéran de la guerre civile, qui publie en 1966 la *Stratégie de la guérilla urbaine*. Il y propose de repenser le modèle cubain d'insurrection à l'aune de la réalité urbaine latino-américaine, une thèse qui fait école avec le *Manuel du guérillero urbain* rédigé en 1969 par le Brésilien Carlos Marighella, traduit en 1970 dans les diverses éditions (anglaise, française et espagnole) du magazine *Tricontinental*. Marighella, qui est aussi un activiste, engagé dans l'Action de libération nationale, s'y montre novateur quant aux moyens utilisés : il insiste notamment sur l'usage des médias, distinguant ce qui relève de la « propagande armée » et ce qui participe de la « guerre des nerfs ». Il pense, le premier, le rapport entre victime et cible. En résonance aux thèses de Guillén et Marighella,

le mouvement uruguayen des Tupamaros fait circuler son propre manuel de guérilla urbaine. Publié en 1971 (et traduit immédiatement en français avec une postface de Régis Debray au titre explicite : « Apprendre d'eux »), *Nous les Tupamaros* s'inspire du texte de Che Guevara, et dans le même temps s'en distingue, ne serait-ce que dans le lexique employé : on ne parle plus de guérilleros mais de « militants de la guérilla », une appellation différente, plus politique et qui tire le guérillero du côté du partisan dans le sens schmittien du terme. La nouveauté réside là encore dans le contexte de la ville – « un terrain assez limité et saturé d'agents de la répression » –, qui suppose des tactiques innovantes, une stratégie adaptée et des modes d'organisation plus autonomes.

L'objectif est à nouveau la confrontation avec l'État, un conflit qui se joue ici sur le mode mimétique. Car ce qui distingue les Tupamaros des autres théoriciens de la guérilla urbaine, c'est l'emploi d'un lexique par-étatique, que l'on perçoit par exemple dans la tactique des prises d'otage. Pour ces organisations, la prise d'otage est en effet conçue comme un moyen de rétablir un rapport à égalité avec l'État, en en singeant les moyens et les prérogatives. Ainsi, le concept de « prison révolutionnaire » (et autre « prison du peuple ») est une façon de contester le monopole de la violence légitime qui serait l'apanage de l'État, seule entité à même de détenir un individu en prison. Cette tactique, alors très politique (il ne s'agit pas de rançonner mais d'instaurer une confrontation), a depuis largement évolué vers des pratiques de banditisme et d'extorsion de fonds.

Une telle posture, mimétique, fait toutefois débat : Guillén se montre très critique dans un texte de 1972, *La guerilla urbana de los Tupamaros en el Uruguay*, dans lequel il considère que ce modèle de guérilla, notamment dans le domaine tactique, ne fait que plagier un modèle étatique. En l'occurrence, c'est le concept de prison du peuple qui est particulièrement visé : son emploi relève, selon lui, de l'aliénation politique. Cette doctrine révolutionnaire n'en fait pas moins école, jusqu'à devenir emblématique du terrorisme révolutionnaire des années 1970.

Si la stratégie s'élabore à l'encontre des dictatures latino-américaines, la tactique se précise au sein d'une Europe plus démocratique, dans le contexte des années de plomb. Car, en ce domaine, les réflexions circulent, et la contestation de l'État de droit s'est rapidement mondialisée.

En Allemagne de l'Ouest, une première traduction d'extraits du *Manuel du guérillero urbain* circule par l'entremise de l'organe libertaire *Agit 883* en juin 1970, ainsi que dans la revue *Sozialistische Politik*. En Italie, les ouvrages consacrés aux Tupamaros fleurissent à partir de 1970, de pair avec l'appellation de Tupamaros occidentaux (tel *Formare l'armata rossa* :

i Tupamaros d'Europa, paru aux éditions Bertani). Pour les Brigades rouges, le choix de la guérilla urbaine date de 1972. L'un des fondateurs, Alberto Franceschini, affirme d'ailleurs que les deux ouvrages sur les Tupamaros publiés aux éditions Feltrinelli étaient, pour lui et Mara Cagol, autre brigadiste, leurs « petits évangiles »³.

Les manuels consacrés à la guerre d'insurrection existent depuis longtemps, mais l'expérience latino-américaine, cubaine et uruguayenne en particulier, confère aux théories de guérilla urbaine venues de cette région un primat indéniable. L'inspiration est revendiquée jusque dans la dénomination pour le Mouvement du 2 Juin, l'un des trois groupes terroristes de l'extrême gauche allemande, qui se fait appeler les Tupamaros Berlin-Ouest et en applique les tactiques, avec un mélange singulier de violence et de fantaisie dans la communication. Leur première prise d'otage fera d'ailleurs dire à
 38 Helmut Kohl, dans ses mémoires publiés au début des années 2000, que « l'État était devenu accessible au chantage⁴ », un constat significatif de la modification du rapport de force. Suivant la même voie, la Fraction armée rouge puise dans les écrits et les concepts de la guérilla urbaine, jusqu'à se revendiquer comme telle en avril 1971, à travers une déclaration programmatique, intitulée *Das Konzept Stadtguerilla*. La guérilla urbaine décline le modèle du *foco* en territoire hostile, avec une perception singulière de l'espace urbain devenu espace politique plutôt que géographique, ce qui fait écrire aux militants de la Fraction armée rouge que le contexte du conflit est « la métropole république fédérale » : l'État de droit comme champ de bataille.

Si le prisme idéologique dessine un front commun et une communauté de références, on distingue ainsi quelques différences éclairantes sur les stratégies employées. Pour l'extrême gauche radicale allemande comme pour sa cousine italienne, les modalités du passage à l'acte semblent les mêmes, mais chaque organisation dispose de ses propres tactiques et modes opératoires : les Brigades rouges inscrivent la prise d'otage dans une véritable stratégie de communication, manifeste lors de l'affaire Aldo Moro, où l'un des enjeux est d'exposer – en exploitant la correspondance d'Aldo Moro au prisme des négociations avec le gouvernement – les turpitudes de l'État de droit italien. Selon une autre logique, le Mouvement du 2 Juin et la Fraction armée rouge ne l'emploient que dans un contexte de procès, pour faire pression sur la justice allemande, voire sur la Loi fondamentale de 1949, forçant l'État à outrepasser le droit en libérant des prisonniers.

3. Mara, *Renato e io*, Milan, Mondadori, 1988, p. 10.

4. « *Der Staat war erpressbar geworden* » (*Erinnerungen, 1930-1982*, Munich, Droemer, 2004, p. 493).

La nouveauté des organisations occidentales, c'est donc la constitution d'un noyau dur et isolé, typique du terrorisme contemporain. Dans une certaine mesure, ce terrorisme-là procède en droite ligne de la guérilla urbaine sur le mode latino-américain, comme une transplantation, qui en renouvelle les enjeux, non plus des campagnes à la ville, mais d'une dictature à une démocratie.

Contesté, dénigré, violenté même, l'État de droit est un système finalement résilient. Considérons que la contestation violente est inhérente à la démocratie, elle est, pour reprendre la formule de Jürgen Habermas au sujet du terrorisme, une pathologie de la communication, en ce sens qu'elle procède d'une incapacité à s'exprimer dans le cadre démocratique.

LE SPLEEN DE L'ÉTAT DE DROIT ?

39

« J'étais disponible pour toute aventure révolutionnaire, si désespérée fût-elle, pourvu qu'elle me jetât dans un affrontement historique authentique⁵. » Dans ses mémoires, l'activiste Pierre Goldman éclaire l'un des mécanismes à l'origine de la violence politique et de la contestation de l'État de droit : la quête, romantique, d'une « aventure » qui donne du sens à l'existence, cette même quête de sens qui bouleverse actuellement les services de ressources humaines, confrontés à de jeunes diplômés anxieux d'œuvrer pour une cause juste. La démocratie/l'État de droit a échoué à proposer à la jeunesse un tel narratif exaltant : comme Alfred de Musset est un orphelin de l'épopée napoléonienne, ceux qui contestent l'État de droit semblent surtout s'y ennuyer et chercher dans un projet contestataire une nouvelle épopée. Que l'on parte « faire le djihad » en Syrie, que l'on prenne les armes et la clandestinité, c'est à chaque fois un geste qui est mise en scène d'un ego autant que d'une guerre civile menée à titre individuel. Et comme Rolin/Liniers, confronté, avec la mort de Pierre Overney en 1972, à la réalité d'un tel conflit, une partie de ces activistes ne se retrouve pas dans la dynamique violente ou le vide stratégique qui en découle.

On pourrait s'en tenir à la formule de Georges Burdeau : « L'État est une forme de pouvoir qui ennoblit l'obéissance⁶. » Mais ce titre de noblesse fait-il encore sens dans un État démocratique ? À moins qu'une remise en cause de l'État de droit par ceux-là mêmes qui sont censés le défendre – l'hommage du vice à la vertu ? – ne ressuscite des velléités frondeuses.

5. *Souvenirs obscurs d'un juif polonais né en France*, Paris, Seuil, 1975, p. 34.

6. *L'État*, Paris, Seuil, 1992, p. 57.

R É S U M É

Cet article s'interroge sur les pratiques de contestation de l'État de droit : en partant des discours et des idéologies qui les inspirent, il entreprend d'éclairer les formes les plus radicales de cette contestation, dans ce qui peut être considéré comme une forme d'archéologie du terrorisme contemporain.

L'« ILLIBÉRALISME »,
OU LES GOUVERNEMENTS
CONTRE L'ÉTAT DE DROIT

41

L'État de droit, dans sa formulation la plus répandue, est un concept politico-juridique permettant d'identifier des formes et contenus du droit respectueux de certaines valeurs, au premier rang desquelles figure l'affirmation de l'acquis constitutionnel de la garantie des droits et libertés. Mondialement imposé comme principe de gouvernement d'une démocratie libérale, l'État de droit est aussi progressivement devenu la forme suréminente de justification de l'exercice du pouvoir. *A priori* inaltérable, l'érosion progressive de ce mode de justification de l'exercice du pouvoir ne serait pas étonnante si elle ne venait pas se nicher à l'intérieur même de ces systèmes où l'État de droit est érigé en grande promesse¹. Si, au départ, l'« illibéralisme » était un mot réservé à un phénomène politique extérieur au constitutionnalisme libéral, ce phénomène lui est désormais devenu intérieur². En se retournant contre leur propre État de droit, certains gouvernements ont tendance à abandonner l'État de droit même en tant que slogan, qui est son affichage le plus rudimentaire. Plus profondément, ils ne s'estiment cependant plus responsables de cette finalité assignée au constitutionnalisme contemporain.

L'abandon par un gouvernement de cette rhétorique, bien que de plus en plus répandu, demeure rare. Du fait de l'aura du concept de l'État de droit, les gouvernements n'expriment qu'exceptionnellement sa remise en cause explicite. Raison pour laquelle l'affirmation en octobre 2024 du ministre de

1. Jacques Chevallier, « L'État de droit controversé », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), 3 juin 2024.

2. Michaël Foessel, « La “démocratie illibérale” n'existe pas », AOC.media, 5 mars 2018.

l'Intérieur français, selon qui l'État de droit n'est ni « intangible, ni sacré », a pu choquer autant que surprendre. La mise à distance de l'État de droit ne peut qu'être complexe. Elle provient, le plus souvent, des ambiguïtés du concept d'État de droit lui-même, réanimant ainsi les anciens dilemmes du potentiel conflit entre sa forme et son contenu³.

En effet, si un gouvernement dit illibéral rompt explicitement avec la rhétorique de l'État de droit, ses politiques liberticides sont toutefois menées au moyen du droit, à l'intérieur des constitutions libérales, parfois même sur le fondement des grands principes de l'État de droit, sans les révolutions politiques radicales qui aboutiraient à la négation du droit. Si tel autre gouvernement ne s'éloigne pas de la rhétorique de l'État de droit et va jusqu'à affirmer le servir au moyen de politiques liberticides, ses lois peuvent s'attaquer de façon ciblée aux libertés protégées, soulevant ainsi la question de sa rupture substantielle avec l'État de droit⁴.

Par conséquent, si l'État de droit est entendu comme principe de prééminence du droit, toute entreprise d'identification et de critique des gouvernements dits illibéraux paraît circulaire : le droit continue à primer dans cette entreprise de retour en arrière de la garantie des droits et des principes constitutionnels. Même lorsque l'État de droit est entendu comme garant des libertés, il semble parfois difficile d'opposer un quelconque examen juridique à ce type de gouvernements. Une constitution dite libérale a cela de particulier qu'elle met à la disposition du gouvernement un langage empreint de libertés politiques et individuelles, supposé certes le limiter dans son pouvoir, mais qui, une fois accaparé, devient source de légitimité de son action. Un gouvernement « illibéral » peut alors mobiliser l'argument de son origine électorale, et donc celui de la souveraineté nationale, pour justifier ses politiques. Réduite uniquement à une source de justification de son pouvoir, la représentation électorale, censée investir les gouvernants d'une responsabilité accrue, perd ainsi toute dimension de limite au pouvoir de gouverner. Mais, de manière générale, il est également possible à un tel gouvernement de valoriser le recul de la garantie des droits en s'appuyant sur les droits et principes constitutionnels eux-mêmes. Il peut par exemple parfaitement prôner la mainmise politique sur les juridictions, en mettant en avant la nécessité d'assurer le principe d'impartialité des juges, autre grande

3. Éric Millard, « L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in Patrick Cabanel et Jean-Marc Février (dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2001, p. 415-443.

4. Danièle Lochak, « À propos de la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration » (entretien), *La Revue des droits de l'homme*, 12 janvier 2024.

valeur de l'État de droit⁵. Le détournement de langage atteint quelquefois un tel niveau d'altération qu'il brouille tout repère.

Lorsque la mise à l'écart progressive de l'État de droit est astucieuse et que le recul de la garantie des droits peut aussi se faire en son nom, il semble en effet difficile de cerner un gouvernement qui s'en écarte. Parfois, cette tâche est facilitée par un mode de gouvernement organisé « autour du culte de l'homme fort, viril, efficace et intransigeant⁶ ». Mais il semblerait tout de même que l'avènement de ce type de gouvernements à l'intérieur des constitutions dites libérales a pour objectif de nous priver aussi bien de mots pour le désigner que de mesures pour l'identifier.

LES AMBIGUÏTÉS DU MOT « ILLIBÉRALISME »

La tendance actuelle est de qualifier un tel régime politique d'« illibéralisme ». Le mot est cependant douteux dans son origine comme dans sa diffusion.

43

L'adjectif « illibéral » a été promu afin de qualifier un régime politique en particulier, celui d'une « démocratie illibérale ». La formule a été inventée par le journaliste Fareed Zakaria dans un article qui est un véritable plaidoyer contre la « démocratie »⁷. Mais l'article se veut, plus précisément, un avertissement sur les dangers politiques des élections. Afin d'appuyer sa démonstration, l'auteur reprend les critiques adressées à la « démocratie » par les penseurs libéraux du début du XIX^e. Or, lorsque ceux-ci emploient le mot « démocratie », ils l'entendent comme synonyme de suffrage universel, auquel ils s'opposent. Dans ce sens, il n'est pas étonnant que l'expression « démocratie illibérale » ait été rétrospectivement attribuée aux empires de la famille Bonaparte⁸. Le seul critère qui permet l'emploi du mot « démocratie » pour ces périodes, ce n'est sans doute pas leur système électoral, mais le maintien du suffrage universel. L'adjectif « illibéral » ranime ainsi, avant tout, la vieille peur du suffrage universel⁹.

5. Isabelle Boucobza, « Liberté d'expression en sursis pour les magistrat.es », *Délibérée*, n° 24, 2025, à paraître.

6. Neslihan Çetin, « États autoritaires et façade démocratique », *LaViedesIdees.fr*, 30 mai 2023.

7. « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, n° 99, 1998, p. 17-26.

8. Pierre Rosanvallon, *La Démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2003. Cf. aussi *id.*, « Fondements et problèmes de l'illibéralisme français », *AcademiedesSciencesMoraleset Politiques.fr*, séance du 15 janvier 2003.

9. Patricia Rrapi, « Les non-dits de l'expression "démocratie illibérale" », in Vanessa Barbé, Bertrand-Léo Combrade et Charles-Édouard Sénac (dir.), *La Démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 33-44.

En isolant, pour les qualifier de démocraties, le caractère électoral de ces gouvernements, l'adjectif « illibéral » pointe le penchant irrésistible du pouvoir d'origine électorale pour l'autoritarisme. La facilité avec laquelle le mot « populisme » s'est imposé pour qualifier les régimes dits illibéraux en témoigne encore davantage. Les politiques de tels gouvernements sont en effet considérées comme naturellement populaires. Cette désignation de l'origine électorale comme critère pertinent d'identification des régimes autoritaires contemporains s'est avérée doublement périlleuse.

44 Premièrement, la critique, plus ou moins implicite, du suffrage universel explique la centralité surprenante du critère de l'origine électorale dans la définition de la « démocratie illibérale ». Or l'origine électorale n'est nullement un critère pertinent dans la mesure où la généralisation mondiale du principe de gouvernement élu ne permet pas de distinguer les régimes démocratiques entre eux. Tous les gouvernements dits démocratiques sont élus mais ils exercent le pouvoir soit de manière autoritaire, soit de manière libérale. En ce sens, l'origine électorale du gouvernement ne nous renseigne pas davantage sur la manière dont le pouvoir sera exercé. L'origine du pouvoir et l'exercice du pouvoir ne sont pas dans une relation de cause à effet. Toutefois, la définition de la « démocratie illibérale » peut ne pas être pertinente, tout autant que supporter un tel flou conceptuel, dans la mesure où son objectif premier est de dévaloriser le régime démocratique en lui opposant explicitement le libéralisme.

Mais la critique du vote citoyen vient surtout masquer les causes multiples à l'origine de l'avènement des gouvernements autoritaires. Ces causes constituent cependant toutes des défis historiquement documentés et connus de la lente et douloureuse démocratisation des régimes politiques. Aucun régime politique dans l'histoire, et encore moins un régime dit démocratique dont la promesse est l'égalité, n'a pu résister aux inégalités sociales, telles que celles qui se sont accrues de manière vertigineuse depuis les années 1980. Aucun système électoral dans l'histoire n'a échappé au défi de la formation de majorités politiques au sein de l'espace public, celui qui s'est précisément enfermé en raison de la concentration des moyens de communication entre les mains de quelques personnes privées.

La critique de la démocratie, ainsi que la critique implicite du suffrage universel, a contribué à conforter les gouvernements successifs dans le déni de ces causes pourtant bien réelles. En effet, à partir du moment où il n'est plus possible de supprimer le suffrage universel, au nom en tout cas de la « démocratie », l'« illibéralisme » a pu apparaître comme une fatalité. Présenté comme trait indomptable, notamment par le droit, de certains pouvoirs démocratiques, le mot a pu laisser entendre qu'il n'existe pas de

solutions politiques autres que celle qui consiste à subir l'avènement des gouvernements autoritaires et, dans le meilleur des cas, à les évincer du pouvoir par les urnes, ce qui est parfois improbable ou peut n'avoir qu'un temps.

Deuxièmement, l'opposition exacerbée, que sous-tend l'expression « démocratie illibérale », entre démocratie et droit permet aux partisans des gouvernements autoritaires contemporains d'exalter à leur tour à leur profit l'origine électorale de leur gouvernement. Le coup de théâtre qu'a été l'appropriation par Viktor Orbán de l'expression « démocratie illibérale » en est révélateur. Si le président hongrois s'est permis de mobiliser politiquement une expression à connotation si péjorative, c'est parce que l'expression n'était qu'indirectement une critique de son autoritarisme et qu'elle visait, avant tout, une critique de la démocratie. En mobilisant cette expression, Viktor Orbán s'est introduit dans la brèche, se présentant, 45
lui, contre les démocrates libéraux qui se distancient de la « démocratie », comme défenseur du « peuple » et de ses supposées valeurs. Pour les partisans des régimes autoritaires contemporains, l'« illibéralisme » est depuis devenu une valeur assumée de la « démocratie » et la marque de la « souveraineté nationale ».

Le succès de l'expression « démocratie illibérale » ne s'est pas arrêté à sa diffusion médiatique. Aujourd'hui, la doctrine semble investir cette notion de vertus analytiques. Le mot « illibéralisme » est en effet mobilisé par le monde académique pour couvrir ce phénomène politique en particulier : un ensemble de politiques gouvernementales remettant en cause, si ce n'est la façade des principes, en tout cas le contenu de la garantie des droits, et neutralisant en parallèle les formes de contrôles, notamment juridictionnels, susceptibles de priver d'effet cette entreprise de démantèlement. Mais, en ce qu'il insiste sur la particularité de ces gouvernements contemporains par rapport aux gouvernements autoritaires classiques¹⁰, l'adjectif semble aussi quelque peu aveuglant.

Les gouvernements autoritaires légaux ou les politiques liberticides menées sur le fondement du droit sont malheureusement un grand classique de l'histoire de l'humanité. L'émergence de tels gouvernements à l'intérieur des constitutions contemporaines qui, en affirmant le principe de la prééminence du droit, se présentaient initialement comme le rempart ultime à l'autoritarisme n'enlève rien, malgré la parure de leur façade, à leur caractère banal dans l'histoire. L'autoritarisme est le défi permanent

10. Mark Tushnet, « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100, n° 2, 2015, p. 452.

des régimes politiques. La sophistication contemporaine du détournement de langage et des stratégies liberticides est certes plus insidieuse, mais la mobilisation des concepts de « représentation » ou bien d'« État de droit » pour justifier les pires atrocités a été l'œuvre également du régime nazi.

Comme tous les gouvernements autoritaires dans l'histoire, les gouvernements dits illibéraux cherchent à s'affranchir des limites à leur pouvoir de gouverner. C'est en ce sens que les gouvernements autoritaires contemporains s'écartent autant de l'histoire de la démocratisation des régimes politiques que de celle de l'État de droit, qui est l'histoire commune des luttes citoyennes contre le pouvoir illimité de gouverner.

UNE ENTREPRISE DE DÉMANTÈLEMENT DES LIMITES AU POUVOIR DE GOUVERNER

46

Au-delà de l'usage galvaudé des concepts d'« État de droit » et de « démocratie », le dénominateur commun des gouvernements autoritaires contemporains est l'aspiration à un pouvoir illimité. La volonté de s'affranchir de toutes contraintes se mesure aussi bien dans la modification du contenu du droit que dans celle de ses règles de fonctionnement. L'aspiration à un pouvoir affranchi est perceptible autant dans les stratégies d'accession au pouvoir que dans celles mises en œuvre pour s'y maintenir.

Afin d'asseoir un pouvoir illimité, la stratégie politique des gouvernements autoritaires contemporains emprunte une mise en récit assez classique de la nécessité politique d'un tel pouvoir. Ils exaltent en priorité la menace du « désordre », déclinée en différentes figures plus ou moins implicites de « l'ennemi », qui active la nécessité d'une réaction politique. Cette réaction se normalise par la volonté de mettre fin au « désordre » dont ne peut être accusé que l'égal exercice des droits. En effet, « l'ennemi menaçant » ne peut prendre forme que par son exclusion des bénéficiaires de droits. Le discours de la menace, en particulier lorsqu'il exploite les insécurités et inégalités sociales, est alors susceptible de neutraliser toute rationalité et sensibilité humaines en vue de naturaliser les inégalités notamment juridiques frappant en premier lieu les plus vulnérables. Comme dans le passé, les gouvernements autoritaires d'aujourd'hui s'attaquent à l'égal exercice des droits. Cette réaction se mesure à la promotion, notamment, des politiques de lutte contre l'immigration. Mais le périmètre des bénéficiaires de droits est élastique et peut se rétrécir dès lors que ces derniers sont susceptibles d'entraver l'action gouvernementale. Les gouvernements autoritaires contemporains nourrissent, au profit de leur intransigeance, la croyance selon laquelle le recul de la garantie des droits est la seule réponse politique pertinente. Par

conséquent, la répression pénale et administrative est présentée comme le seul levier possible en matière de politique publique. La priorité donnée à de telles politiques de « l'ordre », contre le « désordre » qu'engendrerait l'exercice des droits, est une idéologie du pouvoir qui exalte son efficacité. En empruntant éventuellement la rhétorique de l'exception¹¹, quoique cet argument ne soit pas toujours indispensable, il leur est alors possible de faire entendre la nécessité absolue d'un pouvoir d'action sans entraves. C'est la raison pour laquelle les réformes constitutionnelles promues par de tels gouvernements visent à toujours renforcer les pouvoirs de l'exécutif. Ce renforcement de l'exécutif n'est pas seulement entrepris dans le but de servir la personification du pouvoir, il est aussi voué à ériger en valeur absolue l'efficacité du gouvernement, ce qui sous-entend une liberté d'action toujours plus grande.

Par conséquent, si certains droits sont la cible de ces gouvernements, c'est parce que leur contenu est susceptible d'entraver leur politique. Et si ces gouvernements s'attaquent aux mécanismes de contrôle, notamment électoraux, parlementaires et juridictionnels, c'est également pour lever de potentiels obstacles à leur action. Ils peuvent alors parfaitement s'accommoder du maintien des libertés après les avoir vidées de leur contenu. Ils peuvent aussi s'accommoder du maintien des moyens de contrôle juridictionnels, telle la justice constitutionnelle, si leur mainmise politique est assurée. Ils peuvent également s'accommoder du maintien des élections à condition que leur domestication soit consolidée¹². De tels maintiens de façade peuvent même leur être nécessaires pour accroître la légitimité de leur pouvoir. La ruse la plus efficace consiste alors à mobiliser l'ensemble des principes et mécanismes institutionnels de limitation du pouvoir pour servir d'assise à un pouvoir de gouverner sans entraves. Le maintien de façade permet également aux gouvernements autoritaires contemporains de ne pas explicitement consommer la rupture avec la mémoire des luttes citoyennes contre le pouvoir illimité.

L'exaltation du caractère représentatif du gouvernement, très classique dans l'histoire des régimes autoritaires, est le moyen le plus percutant pour justifier un affranchissement des limites au pouvoir de gouverner, en ce qu'elle permet de recourir à une autorité incontestable. Si cette légitimité est parfois avancée comme concurrente à celle de l'État de droit, ce dernier n'est

47

11. Voir, *infra*, Marie Goupy, « Le droit (d'exception) économique contre l'État de droit », p. 87-98.

12. Sur l'évolution du régime turc, cf. Neslihan Çetin, *Le déclin de l'État de droit en Turquie : les droits fondamentaux saisis par le constitutionnalisme autoritaire*, thèse de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2024.

aucunement à l'abri d'être également mobilisé et peut, selon les contextes, offrir la même légitimité à un pouvoir affranchi.

Les luttes citoyennes dans l'histoire contre le pouvoir illimité, qu'il s'agisse de la lutte pour la démocratisation des régimes politiques ou de celle pour la consécration juridique des droits, se sont accompagnées d'un approfondissement de la responsabilité politique sans laquelle un régime représentatif est défectueux. À l'inverse, l'aspiration incontestée à un pouvoir illimité neutralise progressivement toute obligation de rendre compte de l'action gouvernementale pour se muer en un détournement de langage permanent. Dans ce sens, les gouvernements autoritaires contemporains sont sans doute l'aboutissement de la voie dans laquelle se sont engagés la plupart des régimes politiques actuels, qui est celle du déclin radical de la responsabilité politique.

48

R É S U M É

L'avènement des gouvernements autoritaires s'appuyant sur des constitutions dites libérales a eu pour effet de nous priver aussi bien de mots pour le désigner que de mesures pour l'identifier. Si la tendance actuelle consiste à diffuser le concept d'« illibéralisme » pour tenter de qualifier de tels régimes, l'aspiration de ces gouvernements à un pouvoir d'action sans entraves, quelle que soit la parure de leur façade, renvoie en réalité à une idéologie classique du pouvoir politique illimité.

LES JURISTES CONTRE L'ÉTAT DE DROIT

Aussi étrange que cela puisse paraître pour celles et ceux d'entre nous qui ont été socialisés au droit entre les années 1970 et les années 1990, c'est-à-dire à une époque qui apparaît, rétrospectivement, comme la « grande époque » de l'État de droit¹, nombre de juristes semblent, un demi-siècle plus tard, se retourner contre leur invention collective. Le paradigme de l'« État de droit », qui trouve son origine en Allemagne, en France et au Royaume-Uni à partir du XIX^e siècle², connut certainement dans le dernier quart du XX^e siècle une forme d'apogée. À cette époque, en effet, le raffinement, l'approfondissement, l'intensification de ce dont il était à la fois la promesse et le cri de ralliement – à savoir l'ouverture internationale et l'intégration européenne, la protection et la promotion des droits que l'on se mettait alors à qualifier de « fondamentaux », le développement et la multiplication des procédures juridictionnelles de garantie desdits droits, etc. –, étaient largement considérés et analysés comme autant de signes d'un processus de civilisation des mœurs juridiques. On documentait et on célébrait la « constitutionnalisation » de nombreuses branches du droit, sinon de toutes ; on se plongeait dans les techniques d'interprétation déployées par la Cour européenne des droits de l'homme ; on démocratisait le contrôle de constitutionnalité en créant, tardivement mais avec enthousiasme, une forme d'exception d'inconstitutionnalité à la française – la QPC. L'État de droit se faisait métonymie de la démocratie, laquelle en venait presque à se définir par, au-delà d'un régime fondé sur des élections

49

1. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2003.

2. Carlos Miguel Herrera, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la Société*, n° 113, 1994, p. 89-103 ; Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, rule of law*, Paris, Dalloz, 2002.

libres, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits – laquelle passait notamment par la garantie juridictionnelle de la Constitution.

Le panorama est désormais bien différent. Non seulement les régimes autoritaires rejetant le modèle et le format de l'État de droit n'ont pas disparu – tant s'en faut –, mais encore nombre de démocraties que l'on croyait « établies » connaissent ou ont connu des phénomènes de recul notable, des États-Unis au Brésil, à la Turquie et à l'Inde en passant par la Hongrie et la Pologne, voire la France, qui non seulement a elle aussi eu les honneurs du label de « démocratie en défaut » décerné par différents indices internationaux³, mais aussi voit poindre un discours de mise à distance de la référence que constitue l'État de droit – et ce, aux plus hauts sommets de l'État. Sommets politiques – les exemples ne manquent pas, parmi lesquels les propos d'un ministre de l'Intérieur assénant, tout juste
50 nommé, que « l'État de droit » n'est « pas intangible, ni sacré⁴ » ou ceux de son prédécesseur « assumant » pleinement de manifester violer, pour la première fois dans l'histoire du pays, une décision de la Cour européenne des droits de l'homme⁵. Sommets administratifs aussi – lorsque ce discours de remise en cause est tenu par ceux-là mêmes qui ont servi au cœur des institutions emblématiques de l'État de droit. Le cas de Jean-Éric Schoettl est, de ce point de vue, emblématique. Ce haut commis de l'État, dont la carrière s'est, pour l'essentiel, déroulée au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel (dont il a été le secrétaire général pendant dix ans, de 1997 à 2007), développe, depuis le début des années 2020, une critique acerbe des excès du constitutionnalisme et des droits fondamentaux – en particulier ceux des étrangers –, qu'il dépeint comme entraves illégitimes à l'action publique et à sa souveraineté⁶. Mais il n'est, assurément, pas le seul à avoir, simultanément ou successivement, œuvré au cœur d'institutions emblématiques de l'État de droit et porté dans le débat public le discours de sa délégitimation. C'est aussi le cas, par exemple, de Bertrand Mathieu. Professeur émérite à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et

3. Comme l'indice de démocratie de l'Economist Intelligence Unit (« Democracy Index 2023 », EIU.com).

4. *Journal du dimanche*, 28 septembre 2024.

5. Julia Pascual, « La France procède à l'expulsion en passant outre une décision de la CEDH pour la première fois », *Le Monde*, 1^{er} décembre 2023.

6. Outre ses nombreuses tribunes de presse dénonçant de manière récurrente des jugements et arrêts rendus sur le fondement des droits de l'homme (rapatriement des familles de djihadistes, constitutionnalisation de l'avortement, sanctions européennes contre la Hongrie, #MeToo...), il combine ces analyses thématiques à une remise en cause des dérives de l'État de droit dans *La Démocratie au risque des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*, Paris, Gallimard, 2022.

ancien président de l'Association française de droit constitutionnel, il a non seulement exercé les fonctions de conseiller d'État en service extraordinaire mais est aussi membre de la Commission de Venise, dont l'intitulé officiel – ironiquement au regard de ses prises de position publiques tout entières articulées autour de l'idée qu'une contrainte juridique excessive sur le politique est illégitime – est « Commission européenne pour la démocratie par le droit ». Dans nombre de ses publications et autres interventions médiatiques, Bertrand Mathieu déploie l'idée selon laquelle le « maintien de l'absolue prévalence des droits individuels est mortifère » et le « fondamentalisme droits-de-l'homme » devrait trouver ses limites dans le « correctif de la souveraineté »⁷. Un discours très comparable est tenu par Anne-Marie Le Pourhiet, elle aussi professeure de droit public, ancienne vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel, mais aussi candidate, sur la liste présentée par l'État de Monaco, au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme en 2015. Elle ne fut pas élue, mais sa candidature contraste fortement avec ses prises de position, à la fois académiques et par voie de presse, contre la fondamentalisation des droits et l'excessif pouvoir des juges – qui nous aurait, selon elle, menés en « post-démocratie »⁸. Alors, comme Pygmalion perd sa statue parfaite au moment où Aphrodite la transmue en femme, les juristes veulent-ils aujourd'hui anéantir cet étendard de l'État de droit auquel ils ont, de par leurs positions professionnelles, pris une part active sinon contribué ? Un tel retournement mérite, assurément, qu'on s'y intéresse.

51

D'autant plus que, autre singularité du discours contemporain de remise en cause de l'État de droit, il procède de manière équivoque. Bien souvent en effet, il ne s'agit pas tant de procéder à une remise en cause frontale de l'État de droit, mais de dénoncer ses excès et ses dérives. Cela ne va pas sans soulever de difficultés, notamment dès lors que les indicateurs ou les critères qui permettent de distinguer le fonctionnement « normal » de la « dérive » ne sont pas fournis (quand l'intervention du juge est-elle légitime et juste, et quand devient-elle excessive ? Quand les droits humains sont-ils interprétés de manière correcte, et quand le sont-ils d'une manière problématique ?). Mais cette dimension du discours, qui dénonce non pas tant la chose dans son principe que son application concrète, le rend difficile à saisir – et à discuter ou mettre en débat. En cela, elle fait d'ailleurs écho à la manière dont procèdent nombre de mouvements politiques de recul

7. Cité par Jacques Chevallier, « L'État de droit controversé », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), 3 juin 2024.

8. « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, n° 61, 2022, p. 45-49.

démocratique contemporains qui, eux aussi, plutôt que de mettre à bas l'État de droit, cherchent à maintenir et préserver les atours de la légalité, voire à agir au nom du droit⁹. Sans avoir évidemment disparu, les coups d'État violents et abrupts ne disent en effet plus le tout du recul démocratique, qui procède souvent désormais de manière incrémentale, par différents types d'action ou de réforme opérant *au sein de l'ordre juridique*. Que l'on songe aux réformes de la justice qui ont permis, en Hongrie comme en Pologne, de mettre les cours au pas ; aux nominations à la Cour suprême qui ont, aux États-Unis, permis des revirements de jurisprudence spectaculaires ; à l'invocation de la liberté d'expression au soutien, au Brésil et ailleurs, de la levée de toutes sortes de limites et de dispositifs de modération ; à la manière dont la persécution dont ont fait l'objet les signataires de la pétition des Universitaires pour la paix, comme nombre
52 d'autres contestataires du régime de Recep Tayyip Erdoğan, s'est coulée dans les formes des poursuites judiciaires. Pour saisir ces manières de faire, Kim Scheppele parle de « légalisme autocratique »¹⁰. Or, derrière toutes ces formes de mobilisation du droit, il se trouve des juristes – sans lesquels les discours et argumentaires ne seraient pas produits et les actions pas intentées. Pour le dire avec le juriste états-unien Scott Cummings : « Pour triompher sans violence, l'autocratisation requiert la légitimation démocratique [...]. Pour y parvenir, les autocrates doivent emprunter une ligne de crête. D'un côté, pour contourner les institutions démocratiques, ils doivent délégitimer l'ordre ancien en promouvant la défiance vis-à-vis du statu quo pour justifier des changements profonds. De l'autre, pour effectivement procéder à ces changements, ils doivent sembler respecter les procédures juridiques, violant seulement l'esprit mais non la forme du constitutionnalisme libéral. C'est pourquoi les autocrates dressent leurs attaques contre l'État de droit dans le langage du droit et recourent à des tactiques juridiques pour défendre des changements qui sapent la dimension libérale de la démocratie libérale. Et, pour cela, ils ont besoin de juristes¹¹. »

C'est donc à ces juristes, et à la mesure dans laquelle on peut – ou non – considérer qu'ils agissent contre l'État de droit, que s'intéresse la présente contribution.

9. Voir, *supra*, Patricia Rrapi, « L'«illibéralisme», ou les gouvernements contre l'État de droit », p. 41-48.

10. « Autocratic Legalism », *University of Chicago Law Review*, vol. 85, n° 2, 2018, p. 545-583.

11. « Lawyers in Backsliding Democracy », *California Law Review*, vol. 112, 2024, p. 526 (traduction de l'auteure).

PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES ET THÉORIQUES

La difficulté de la question ainsi posée est à la mesure des ambivalences et ambiguïtés propres à la notion même d'État de droit¹², que son succès au cours du dernier demi-siècle ne saurait dissimuler. L'idée même que l'État serait, en son nom, soumis au droit soulève en effet des difficultés théoriques d'importance. En France, Michel Troper a ainsi pu, dans le sillage du normativisme kelsénien, souligner que « l'expression "État de droit" est [...] ou bien une contradiction dans les termes, ou bien une tautologie¹³ ». C'est qu'en réalité nombreux sont les usages de la notion d'État de droit qui sont plus politiques que juridiques – en particulier dans la mesure où ils en font, notamment, une garantie sinon une condition de la démocratie et de la protection des droits et libertés. Or, en tant que projet politique, l'État de droit devient difficile à défendre sur le strict plan juridique¹⁴. D'où la difficulté structurelle, pour la théorie juridique, à résoudre ce que la doctrine états-unienne nomme la « difficulté contre-majoritaire »¹⁵, à savoir : fonder la légitimité démocratique de l'habilitation donnée au juge – notamment constitutionnel – pour, le cas échéant, censurer le législateur. La littérature n'est, assurément, pas demeurée en reste, et de multiples propositions théoriques ont été faites¹⁶, mais ce n'est pas l'objet du présent article que d'y revenir. En revanche, aucune d'entre elles ne permet de fonder de manière assurée l'idée que l'État de droit serait une condition nécessaire – ni *a fortiori* suffisante – de la démocratie. Pourtant, c'est bien cette idée-là qui explique, pour une large part, le succès du modèle depuis une cinquantaine d'années. C'est qu'en effet, dans les années qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale en particulier, la formule de l'État de droit s'est affirmée comme le nom de code d'un langage commun permettant de servir une pluralité d'intérêts et de visions du monde – et avait, de fait, rallié forces de gauche et forces de droite. Le large consensus reposait sur nombre de compromis et d'ambiguïtés – qui, précisément, refont surface à la faveur des formes contemporaines du populisme et de l'autoritarisme

53

12. Voir, *supra*, Maria Kordeva, « L'État de droit : crise de définitions », p. 7-20.

13. « Le concept d'État de droit » (1992), *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 24, 1993, p. 30.

14. Éric Millard, « L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in Patrick Cabanel et Jean-Marc Février (dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2001, p. 415-443.

15. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York (N. Y.), Bobbs-Merrill, 1962.

16. Guillaume Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021.

attaquant le modèle non plus de l'extérieur, mais de l'intérieur. Ce faisant, ils mettent le modèle à nu – et notamment la mesure dans laquelle, « en présentant la forme politique juridiquement organisée comme garante de la démocratie (donc insusceptible d'être détournée de la démocratie), la théorie de l'État de droit ignore dangereusement le danger d'un pouvoir politique qui serait élu démocratiquement et qui exercerait, dans ce système, ou à partir de ce système, les prérogatives qu'il tiendrait du droit dans un sens non démocratique¹⁷ ».

54 Faut-il alors renoncer à dire quoi que ce soit sur les remises en cause de l'État de droit ? Le fait que la notion, comme le succès qui a été le sien, soit grevée d'ambivalences et d'incomplétudes condamne-t-il celles et ceux qui y voient un acquis précieux à ne pouvoir proposer de contre-argumentation face aux remises en cause contemporaines dont elle fait l'objet ? La présente contribution suggère qu'un pas de côté permet de répondre par la négative à ces interrogations – et qu'il y a bien des transformations et évolutions à identifier, caractériser et interroger. Car, en effet, il n'est pas nécessaire de considérer que ces formes contemporaines de retournement de la forme et des procédures juridiques contre les valeurs de la séparation des pouvoirs et des droits et libertés portent atteinte à « l'État de droit » pour s'en alarmer ; il suffit de constater qu'elles portent atteinte à l'idéologie qui l'a porté – c'est-à-dire au consensus qui, bon an mal an, en avait fait le langage commun de la démocratie. Il est possible, en d'autres termes, de considérer que ces mouvements et discours ne remettent pas en cause, en réalité, l'État de droit – que l'on ne saurait ni réifier ni lire comme renvoyant à un dispositif permettant mécaniquement la garantie de la démocratie. Il suffit en réalité de s'attacher à décortiquer la manière dont ces discours et mouvements reviennent non pas tant sur la chose « État de droit » que sur l'engouement dont il a fait l'objet ou les vertus qui lui étaient prêtées. Ce faisant, il devient possible d'identifier une rupture – que l'on pourrait lire comme une forme de séparatisme – dans l'émergence d'un discours rompant avec cette langue (ces concepts, cette grammaire) qui, un demi-siècle durant, s'était imposée en langue commune de la démocratie. On se donne alors les moyens de mettre en évidence que ce discours est un discours de rupture qui, comme l'analyse Jacques Chevalier, repose sur « une quadruple critique de fond : celle de la nouvelle conception de la hiérarchie des normes résultant de l'intégration du droit international et du droit européen ; celle du pouvoir que les juges se seraient arrogé à tous les niveaux, en s'appuyant sur leur statut de garants de l'État de droit ; celle

17. Éric Millard, « L'État de droit... », art. cité.

de la prolifération des droits consécutive à la promotion de la catégorie des droits fondamentaux ; celle de l'efficacité de principe prêtée au droit en tant que dispositif d'encadrement du jeu social¹⁸ ».

Ce discours de rupture peut toutefois prendre une diversité de formes. Dans son étude précisément consacrée aux rôles endossés par les juristes dans les processus de recul démocratique, Scott Cummings en distingue trois principales, selon que les juristes agissent comme facilitateurs passifs du recul (*passive enablers of backsliding*), comme ses agents actifs (*active agents of backsliding*), ou encore comme co-conspirateurs engagés (*committed co-conspirators*)¹⁹. Cette troisième forme d'action est assurément la plus claire ; Cummings l'illustre par une étude édifiante et précise du mouvement Stop the Steal, orchestré par Donald Trump au lendemain de sa défaite électorale de 2020, qui a mobilisé des dizaines de juristes et d'avocats pour déployer un intense activisme juridique et judiciaire de dénonciation de fraudes électorales ayant mené à la proclamation de la victoire de son opposant Joe Biden. La deuxième catégorie proposée, celle des « agents actifs » du recul, renvoie selon Cummings aux juristes qui, sans être directement au service d'un autocrate spécifique, œuvrent pour affaiblir, au nom d'un engagement idéologique, les droits fondamentaux et les procédures et protections juridictionnelles caractéristiques de l'État de droit. Elle entretient des rapports parfois poreux avec la première – celle des « facilitateurs passifs » – qu'il utilise pour décrire ceux qui « soutiennent ou faillissent à résister à des évolutions professionnelles qui fragilisent la légitimité du système juridique à opérer de manière crédible comme arbitre des conflits²⁰ ». Rapports poreux en effet, car il est bien difficile de savoir si et dans quelle mesure un engagement idéologique (caractéristique des agents actifs) préside ou non au principe de l'action et des discours des facilitateurs passifs. On posera toutefois ici, sur cette base, quelques pistes d'analyse pour attirer l'attention sur le rôle éminent que jouent, aujourd'hui en France, un certain nombre d'associations, cercles et groupes plus ou moins informels, au sein desquels des juristes – juges, universitaires, avocats, voire hauts fonctionnaires – sont engagés dans la production et la dissémination d'un discours de remise en cause de la légitimité de l'État de droit.

18. « L'État de droit controversé », art. cité.

19. « Lawyers in Backsliding Democracy », art. cité.

20. « Lawyers and Backsliding: Towards a Comparative Research Program », communication présentée au colloque « Legal Infrastructures of Democracy », Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 7-8 septembre 2023.

LES CERCLES JURIDIQUES
DE LA CRITIQUE DE L'ÉTAT DE DROIT

Parmi les acteurs qui affichent un programme politique clair et font de la remise en cause des standards de l'État de droit un de ses éléments centraux, on peut s'intéresser au Cercle Droit & Liberté. Fondé en 2014, il se présente sur son site internet comme regroupant « des professionnels du droit et des étudiants soucieux d'encourager l'esprit critique et de promouvoir les libertés publiques et le bien commun dans la cité ». En dépit de cet affichage d'attachement aux libertés publiques, le reste de la présentation donne le ton : « L'Université et le monde juridique sont en crise, le politiquement correct y règne et favorise le développement du conformisme et d'un prêt-à-penser juridique » ; or ce sont bien les standards de l'État de droit qui sont visés par cette accusation, puisque sont notamment

56 décriés « l'accumulation des normes et [...] la judiciarisation de la parole publique, ainsi [qu'une] trop forte subjectivisation du droit qui tend à fragmenter la société ». Le Cercle se donne dès lors pour objet d'organiser des rencontres et des débats pour « sortir des sentiers battus ». Parmi les événements qu'il organise, on note des conférences interrogeant « l'avenir » de la démocratie représentative, posant la question de savoir si l'État de droit est « protecteur ou fossoyeur » des libertés²¹, ou encore si la Cour suprême des États-Unis a réellement remis en cause le droit à l'avortement par son arrêt *Dobbs*. Il est intéressant de s'attarder sur cette dernière conférence, qui a été l'occasion pour le Cercle d'entendre maître François-Henri Briard. Dans son intervention, M^e Briard présente la décision de juin 2022 comme s'expliquant à la fois par les faiblesses internes de la jurisprudence antérieure inscrite dans le sillage de l'arrêt *Roe v. Wade* et par la nécessité de « rendre la parole au peuple » face à une question trop grave pour être tranchée par des juges. Plus avant, il met l'accent sur la dimension juridique de la décision, et en récuse toute lecture politique – ce qui ne manque pas d'ironie à propos d'un système juridique où l'extrême politisation de la question de l'avortement a précisément gouverné très largement l'histoire contemporaine des nominations à la Cour suprême états-unienne, au moins jusqu'à celle de la juge Amy Coney Barrett en 2020, qui a permis le revirement tant attendu²². Ce faisant, M^e Briard positionne son analyse dans la stricte ligne de l'originalisme comme méthode d'interprétation de

21. Cf. les vidéos desdits événements sur la chaîne YouTube du Cercle, respectivement mises en ligne le 11 juillet 2022, le 14 décembre 2021 et le 29 juin 2022.

22. Linda Greenhouse, *Justice on the Brink*, New York (N. Y.), Random House, 2021.

la Constitution des États-Unis ; il fait d'ailleurs état de liens étroits qu'il a entretenus tant avec Antonin Scalia, ancien juge à la Cour suprême et chantre de cette doctrine, qu'avec la Federalist Society, un think tank juridique états-unien qui a joué un rôle considérable dans la montée en puissance d'un mouvement juridique conservateur²³. Acerbe vis-à-vis des critiques de l'arrêt *Dobbs*, il exprime son opposition à toute idée de constitutionnalisation de l'avortement et prétend que seul le droit à la vie est protégé par les instruments internationaux et les constitutions – revendiquant à ce propos, paradoxalement, l'idée qu'il existe, aux États-Unis comme en France, des droits « supérieurs » aux constitutions parce qu'ils « évitent la tyrannie de la majorité ».

Le Cercle Droit & Liberté s'associe par ailleurs avec l'Institut de formation politique (IFP) pour organiser annuellement un « campus des libertés publiques », dont le programme fait apparaître un positionnement très critique vis-à-vis des dites libertés – comme l'atteste la session de décembre 2023 où l'on compte, au nombre des événements programmés, des ateliers aux intitulés suivants : « L'écologie politique, fossoyeuse de nos libertés ? », « L'État de droit contre la démocratie ? », « S'armer contre le wokisme », « La vérité sur le droit d'asile », « Discrimination, liberté d'expression : faut-il abroger la loi Pleven ? », « Libérer les entreprises des contraintes juridiques et réglementaires ». L'IFP, créé en 2004 par l'avocat Jean Martinez, le dirigeant d'entreprise Thomas Millon (et fils de l'ancien ministre Charles Millon) et le juriste et journaliste Alexandre Pesey (qui en a pris la direction), se fixe comme but de proposer à la fois une formation intellectuelle et une « formation à l'engagement » aux jeunes générations. Et affiche clairement un positionnement conservateur : « Après la génération des déconstructeurs porteurs d'interventionnisme, de relativisme moral et de multiculturalisme, voici venu le temps d'une relève attachée à la France, au service des libertés et de la dignité de la personne humaine. Notre pays a besoin d'une jeunesse engagée pour participer à son redressement. Venez apprendre à promouvoir vos convictions ! » De fait, ses conférences et formations accueillent régulièrement des figures très marquées à droite dans le débat public²⁴ ; plusieurs enquêtes journalistiques ont d'ailleurs établi que l'IFP a servi de modèle à l'« académie de

23. « À propos », François-Henri-Briard.com.

24. Le site de l'IFP liste ainsi Béatrice Bourges (La Manif pour tous), Geoffroy Lejeune (alors à *Valeurs actuelles*), Eugénie Bastié (*Causeur*, *CNews*), Mathieu Bock-Côté (*CNews*), Anne Coffinier (Fondation pour l'école – enseignement privé catholique traditionaliste hors contrat), Jean-Marie Le Mené (fondation Jérôme-Lejeune), ou encore, parmi les politiques, François-Xavier Bellamy, Philippe de Villiers, Éric Zemmour et Patrick Buisson.

sciences politiques » créée en 2018 par Marion Maréchal-Le Pen, qui y a d'ailleurs suivi une formation²⁵.

Le Cercle Droit & Liberté et, plus encore, son partenaire IFP comptent donc parmi les acteurs engagés dans une critique assez ouvertement politique de « l'État de droit », au nom de valeurs conservatrices présentées comme mises en cause et en danger par le développement des droits et libertés. À ce titre, leur initiative s'inscrit dans un mouvement plus vaste qui, aux États-Unis comme ailleurs, a vu un monde conservateur du droit se mobiliser en réaction à l'orientation trop libérale ou progressiste prêtée au triomphe du paradigme de l'État de droit.

58 Moins formalisé, le Cercle Droit et débat public compte aussi parmi ces réseaux de juristes engagés dans la production et la promotion d'un discours critique vis-à-vis de l'État de droit. Nulle source ni site internet accessible ne permet de comprendre la structure et l'histoire de ce cercle, qui n'apparaît guère que sur la page personnelle de celle qui semble en être à la fois la présidente et l'animatrice depuis 2019, Noëlle Lenoir²⁶ – première femme nommée au Conseil constitutionnel, ancienne ministre, aujourd'hui avocate. Sans qu'il soit possible de savoir quelles sont ses autres activités éventuelles, il est très actif dans la production d'un discours engagé sur le droit, *via* la publication de nombreuses tribunes collectives de presse – en particulier dans *Le Figaro*, *L'Opinion* ou *Le Point*. Ces tribunes regroupent toujours des signatures prestigieuses, telles celles – outre Noëlle Lenoir – de Jean-Yves Le Borgne (avocat, ancien vice-bâtonnier de Paris), Pierre-Henri Conac (professeur de droit), Dominique de La Garanderie (avocate, ancienne bâtonnière de Paris), Jean-Claude Magendie (ancien premier président de la cour d'appel de Paris), Jean-Yves Naouri (chef d'entreprise), Emmanuel Piwnica (avocat aux conseils), Jean-Éric Schoettl (l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel), Frédéric Thiriez (ancien membre du Conseil d'État) et Philippe Valletoux (ancien membre du Conseil économique, social et environnemental). Ici encore, les thématiques d'intervention choisies comme le ton adopté marquent une grande défiance vis-à-vis des caractéristiques centrales de l'État de droit : dénonciation d'une dépossession de la souveraineté par l'intervention répétée et excessive des juges, insistance sur la nécessité d'en rabattre sur les droits excessivement reconnus aux migrants et aux étrangers, promotion d'une

25. Alexandre Sulzer, « L'IFP, l'école modèle de Marion Maréchal-Le Pen », *L'Express*, 18 avril 2018 ; Olivier Faye, « L'IFP, cette école laboratoire de l'union des droites », *Le Monde*, 12 mai 2018.

26. « Profil », NoelleLenoir-Avocats.com.

conception identitaire de certaines valeurs constitutionnelles nationales (à l'instar de la laïcité ou de la fraternité), etc.

Il faut encore citer l'European Centre for Law and Justice (ECLJ), ou Centre européen pour le droit et la justice²⁷. Ici encore, emblématique de cette ambivalence d'un positionnement qui simultanément critique l'État de droit tout en proclamant son attachement à ses éléments centraux (en l'occurrence, les droits humains), cette ONG fondée en 1998 se présente en ligne comme « dédiée à la promotion et la protection des droits de l'homme en Europe et dans le monde » – et cite comme gage de son engagement un passage du préambule des statuts du Conseil de l'Europe. L'ECLJ déploie notamment une activité soutenue auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle elle intervient fréquemment comme tiers intervenant, notamment dans des affaires relatives au droit à la vie (euthanasie, avortement), à la famille et la sexualité (procréation médicalement assistée), aux enjeux sécuritaires ou à la liberté de religion. Sur ce dernier sujet, elle a ainsi rédigé en 2024 une tierce intervention dans l'affaire dite des Hijabeuses, qui fait suite à l'arrêt par lequel le Conseil d'État français a rejeté le recours formé contre les statuts de la Fédération française de football en tant qu'ils prescrivent à l'ensemble des licenciés une obligation de neutralité religieuse, politique, philosophique et syndicale²⁸. L'argument de l'association requérante devant la Cour de Strasbourg tient d'une part à l'atteinte à la liberté d'expression, notamment religieuse, et d'autre part à l'effet discriminatoire d'une règle qui pèse de manière disproportionnée sur les joueuses souhaitant porter le hijab – ce dernier point ayant été reconnu par le rapporteur public au Conseil d'État. Or la tierce intervention soumise par l'ECLJ tend à dénier toute légitimité au collectif des Hijabeuses à invoquer la liberté religieuse protégée par la Cour européenne des droits de l'homme – invocation qui est même qualifiée d'« abus de droit » au sens de l'article 17 de la Convention²⁹. Selon l'ECLJ, le fait que diverses théocraties islamiques ne protègent pas la liberté religieuse – en particulier car elles ne conçoivent pas qu'on puisse changer de religion – suffit à en disqualifier comme instrumentalisation fallacieuse l'invocation par des groupes ou

27. De manière générale, sur les mobilisations conservatrices du droit en Europe, cf. « Populism and Right-Wing Legal Mobilization in Europe » (dossier), *International Journal of Law in Context*, vol. 20, n° 3, 2024, p. 297-418.

28. CE, 29 juin 2023, n° 458088, 459547 et 463408.

29. Je précise être coautrice d'une tierce intervention de la Cour dans cette affaire, en collaboration avec le Human Rights Centre de l'université de Gand (« Third Party Intervention to the ECtHR in *F.D. and I.M. and Three Others (Les Hijabeuses) v. France*, Strasbourg Observers.com, 31 octobre 2024).

personnes musulmanes en Europe : « Il serait plus logique que les requérantes [...] fassent un choix entre la liberté de religion qu'elles invoquent et l'islam qu'elles professent³⁰. » En tant qu'elle est prompte sinon propice à servir d'outil de disqualification d'autres religions, cette version de la « liberté religieuse » est donc bien d'abord et avant tout chrétienne. De fait, le positionnement de l'ECLJ opère sur le fondement d'une invocation claire de la religion : son action s'inscrit dans le sillage d'un mouvement entrepris à la fin des années 1990 pour « mobiliser les juristes chrétiens à l'échelle internationale », comme on peut encore lire sur son site internet. Ses fondateurs, Jay Alan Sekulow et Thomas Patrick Monaghan, sont des figures connues et reconnues du mouvement religieux conservateur juridique ; son directeur est Grégor Puppinck, plus connu des juristes français pour ses nombreuses prises de position publiques contre le mariage pour tous, contre l'avortement (envoi de fœtus en plastique aux parlementaires pour les exhorter à s'opposer à la constitutionnalisation de l'IVG), contre la protection de la liberté religieuse des musulmans³¹.

L'ECLJ s'est aussi distingué par une autre voie d'action : en sus du contentieux européen, l'ECLJ est aussi engagé dans un travail de mise en cause de l'impartialité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, au nom de l'expérience et de la spécialisation de certains d'entre eux dans... les droits de l'homme ! Dans deux rapports, publiés en 2020 et en 2023, l'ECLJ documente ainsi ce qu'il nomme des « conflits d'intérêts » caractérisés par le fait que plusieurs juges strasbourgeois ont eu, au fil de leur carrière, des collaborations et liens divers avec des organisations de défense des droits humains (AIRE Center, Comités Helsinki, Human Rights Watch, Interights, ou encore Open Society Foundations). Si ces organisations jouissent d'une grande réputation et reconnaissance, l'Open Society Foundations a notamment fait l'objet d'assauts répétés de la part du gouvernement Orbán en Hongrie. Son fondateur, le milliardaire Georges Soros, y a été la cible de nombreuses campagnes antisémites de dénigrement ; et l'implication de cette organisation dans l'Université d'Europe centrale, à Budapest, a notamment mené à l'adoption de la loi qui a contraint cet établissement à

30. ECLJ, « Observations écrites soumises à la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *F.D. et I.M. contre la France* », octobre 2024, § 3 (disponible sur [Media.ACLJ.org](https://media.aclj.org)).

31. Nombre de spécialistes de droit européen des droits de l'homme ont ainsi pu souligner le caractère erroné de nombreuses analyses proposées par l'ECLJ par la voix de son directeur. Cf. par exemple Nicolas Hervieu, « Non, la CEDH n'a pas érigé la charia en droit de l'homme ! » (tribune), *Le Figaro*, 28 décembre 2018 ; Yannick Lécuyer, « La diabolisation de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n° 11 (en ligne) ; Mustapha Afroukh, « Non ! La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas reconnu un délit de blasphème ! », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2018, chron. n° 23.

quitter le pays pour s'établir désormais en Autriche³². De fait, en août 2023, la fondation a décidé de se retirer de la plus grande part de ses activités européennes³³. Quelles que soient, par ailleurs, les causes de cette décision, il faut constater que le geste sémantique et politique de l'ECLJ aura été d'une certaine efficacité. L'argument selon lequel le fait que la Cour européenne des droits de l'homme, juridiction spécialisée sur les droits humains, compte parmi ses membres de nombreux juges spécialisés dans ce domaine – et ayant entretenu, à ce titre, des relations avec des organisations de défense des droits humains – s'apparente à (sinon constitue) un conflit d'intérêts n'est pas resté sans effet. Une vingtaine de membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, issus notamment du Rassemblement national (France), de l'AfD (Allemagne), de Vox (Espagne), du Vlaams Belang (Belgique), du parti Droit et justice (Pologne) ou encore du Parti de la liberté (Autriche), se sont ainsi emparés du rapport de l'ECLJ pour proposer, en novembre 2022, une résolution intitulée « Le grave problème des conflits d'intérêts à la Cour européenne des droits de l'homme » ; et bien que l'initiative ne soit guère allée plus loin (elle n'a pas même été examinée par l'Assemblée), le vocabulaire de l'impartialité des juges européens et les idées de l'ECLJ ont pu imprégner par la suite certaines réformes du règlement de la Cour sur le plan éthique et des récusations³⁴. L'argument est acrobatique : si le conflit d'intérêts peut se définir comme une situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts privés de nature à influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction, parler de conflit d'intérêts à propos des juges de la Cour de Strasbourg suppose de considérer que la défense des droits humains relève d'intérêts privés. Or, sans nier d'aucune manière le fait que les droits humains – leurs contours, leur signification et les conditions dans lesquelles il est, ou non, possible d'y apporter des restrictions ou des tempéraments – sont des objets instables, débattus, et qui suscitent des projections et des batailles idéologiques, il est difficile d'y voir des intérêts privés – et plus difficile encore de considérer les organisations de défense des droits humains comme des acteurs au service d'intérêts privés.

61

32. Jan-Werner Müller, « Hungary: The War on Education », *The New York Review of Books*, 20 mai 2017. Cette loi hongroise a, depuis, été jugée contraire au droit de l'Union européenne (CJUE, 6 octobre 2020, *Commission c. Hongrie*, C-66/18).

33. Philippe Jacqué, « À Bruxelles, le retrait annoncé de la fondation Soros inquiète les ONG », *Le Monde*, 12 septembre 2023.

34. Cf. Gaëtan Cliquennois, Simon Chaptel et Brice Champetier, « How Conservative Groups Fight Liberal Values and Try to “Moralize” the European Court of Human Rights », *International Journal of Law in Context*, vol. 20, n° 3, 2024, notamment p. 373.

*

Les juristes jouent donc un rôle dans cette critique contemporaine de l'État de droit dont on constate l'écho politique croissant en France comme à l'échelle du monde. Le discours qu'ils promeuvent rompt largement avec un état antérieur du débat public sur le droit et la démocratie, où les désaccords sur l'équilibre entre sécurité et libertés, les enjeux bioéthiques ou les droits des étrangers s'exprimaient au moyen d'une grammaire commune, fondée notamment sur la reconnaissance de la légitimité de l'intervention du juge comme tiers précisément habilité à trancher les questions difficiles. Cette reconnaissance s'accompagnait, en outre, d'un accord autour de l'idée qu'en dernier ressort le politique conservait le pouvoir du dernier mot : le « lit de justice » théorisé par Georges Vedel avait en effet permis l'acceptation de l'État de droit. Cette voie de sortie ne paraît plus suffire à des mouvements qui cherchent dorénavant à exercer une action plus directe pour remettre en cause les droits humains.

R É S U M É

Alors qu'en France des personnalités juridiques de premier plan sont engagées dans la critique des « excès » de l'État de droit, l'article revient d'abord sur certaines ambiguïtés de ce concept afin de caractériser leur intervention, pour ensuite s'intéresser à différents cercles et associations de juristes qui, tout en affirmant défendre les libertés, développent un discours critique vis-à-vis des droits humains et de leur protection juridictionnelle. Un tel discours marque une rupture avec la période où les désaccords s'exprimaient dans une grammaire commune acceptant la légitimité de l'intervention du juge.

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION
RETOURNÉE CONTRE
L'ÉTAT DE DROIT

63

Les ennemis de l'État de droit savent retourner contre lui ses propres principes. C'est non seulement au nom de valeurs illibérales, mais aussi au nom de la liberté elle-même que les libertés fondamentales se trouvent attaquées et que les juges chargés de les protéger se voient mis en cause dans les démocraties. On travestit le sens des principes invoqués pour mieux empêcher leur mise en œuvre.

La liberté d'expression en offre un exemple frappant. Les normes qui organisent l'exercice de cette liberté afin de la rendre effective pour tous sont régulièrement contestées par de puissants acteurs privés prétendant la défendre. Les règles cherchant à favoriser l'égalité dans l'accès aux médias, à garantir le pluralisme des opinions qui y sont diffusées, ou encore à encadrer le pouvoir de modération exercé par des acteurs privés, sont ainsi dénoncées comme liberticides. Les juges qui les appliquent sont, dans le même mouvement, accusés de se muer en censeurs sacrifiant la liberté qu'ils devraient garantir.

Cette rhétorique est adoptée, en ce milieu des années 2020, par les principales plateformes numériques, qui s'opposent aux tentatives des pouvoirs publics pour leur imposer de nouveaux cadres régulateurs, comme par les grands groupes de la presse et de l'audiovisuel, qui entendent échapper aux obligations légales déjà établies. Elle n'épargne pas la France, où elle a été déployée avec force à la suite d'une décision du Conseil d'État rendue en février 2024 concernant la chaîne CNews. Cette décision, demandant à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) de faire évoluer ses méthodes pour mesurer le respect du pluralisme sur les ondes, a été violemment décriée par les partisans de CNews comme

un « coup de force des juges » mettant « la liberté d'expression en danger ». L'offensive médiatique qui a été menée à la fois contre le juge administratif et contre le principe du pluralisme s'est appuyée sur une vision réductrice, sinon trompeuse, du droit à la libre expression. L'examen de cet épisode éclaire les ressorts de la stratégie qui consiste à brandir les principes constitutifs de l'État de droit afin d'en subvertir l'application.

LE CONSEIL D'ÉTAT ET CNEWS

64 L'extension du groupe Bolloré, dont relèvent désormais, entre autres, le groupe Canal + (qui comprend notamment Canal +, C8, CNews, CStar), les radios Europe 1 et RFM, l'éditeur Hachette et de nombreux titres de presse (du *Journal du dimanche* à *Paris-Match*), suscite de vives inquiétudes quant à la préservation du pluralisme dans l'espace public français. L'écho considérable donné par nombre de ces médias à des thèses et des voix issues de l'extrême droite, encore récemment dans le contexte des élections européennes et législatives de 2024, fait craindre plus précisément l'emprise disproportionnée d'une idéologie politique sur un vaste pan du paysage médiatique.

La chaîne d'information en continu CNews a, en particulier, été sanctionnée à de nombreuses reprises depuis 2017 pour avoir manqué aux obligations d'honnêteté et de pluralisme dans le traitement de l'information ou pour avoir diffusé des propos relevant de l'incitation à la haine. Au cours de la seule année 2024, elle l'a été plus d'une dizaine de fois, notamment pour avoir présenté de manière faussée un classement sur l'insécurité en France ; pour avoir propagé des propos climatosceptiques présentant le réchauffement climatique comme une « escroquerie » ; pour avoir désigné l'avortement comme « la première cause de mortalité » devant le cancer ; ou encore pour avoir prétendu à tort qu'un collège avait « ouvert une salle de prière » pour des élèves musulmans lors d'un voyage scolaire. CNews a néanmoins vu son autorisation de diffusion sur la TNT renouvelée par l'Arcom en juillet 2024 (à la différence de la chaîne généraliste C8, qui avait été tout aussi régulièrement réprimandée au cours des années précédentes).

C'est dans ce contexte général que s'inscrit la décision rendue par le Conseil d'État¹ le 13 février 2024. L'association Reporters sans frontières avait précédemment demandé à l'Arcom de mettre en demeure CNews de respecter ses obligations relatives à l'honnêteté, à l'indépendance et au pluralisme de l'information. L'Arcom ayant jugé qu'il n'y avait pas lieu d'adresser une telle mise en demeure, RSF avait déposé un recours devant

1. CE, 13 février 2024, n° 463162.

le Conseil d'État. La réponse apportée par ce dernier a été immédiatement accusée d'imposer un nouveau régime de censure politique par les partisans de CNEWS. Elle ne bouleverse pourtant en rien la logique générale du droit établi en matière de pluralisme médiatique, qui cherche à concilier, d'une part, la liberté éditoriale et, d'autre part, la diversité des opinions représentées. Elle fait certes évoluer les critères mobilisés pour mesurer le pluralisme, ce qui n'est pas négligeable, mais sans altérer le sens de ce principe.

Il suffit de lire les conclusions du rapporteur public pour le constater. Ce dernier explique d'abord que les éléments avancés par RSF ne suffisent pas à établir des manquements graves et structurels en matière d'honnêteté et d'indépendance, même s'il note, avec un sens certain de l'euphémisme, qu'ils ne donnent pas « une image très flatteuse de la qualité du traitement d'information sur les antennes de la chaîne ». Il est, en revanche, reproché à l'Arcom de s'être contentée, pour évaluer si la chaîne s'acquitte de ses obligations en matière de pluralisme, de vérifier la répartition du temps d'antenne entre les représentants de parti ou de groupement politique. CNEWS est en effet accusée de défendre un courant d'opinion particulier à travers le choix de ses animateurs, éditorialistes et chroniqueurs. Elle contourne ses obligations en matière de pluralisme, selon nombre d'observateurs, en organisant des débats biaisés entre des intervenants qui, au-delà de divergences superficielles, défendent pour la plupart les mêmes idées². Le Conseil d'État a donc enjoint à l'Arcom de prendre en compte, dans son calcul du temps d'antenne, les interventions, non seulement des responsables politiques, mais aussi des autres participants. C'est là la principale nouveauté de cette décision. Elle a suffi à déclencher une vague d'attaques spectaculaire dans les principaux médias du groupe Bolloré.

65

PÉRIL SUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ?

L'offensive s'est faite simultanément sur tous les fronts, le 18 février 2024 : presse, radio, télévision. La journaliste Laurence Ferrari clame, dans un éditorial sur CNEWS, que « les grands ciseaux de la censure pointent à nouveau leur lame pour tailler en pièces la liberté d'expression et réhabiliter une forme de ministère de la vérité diablement orwellien ». Elle annonce la résistance à venir contre ce nouveau péril totalitaire : « Nous ne comptons pas laisser les nouveaux commissaires politiques de la pensée nous faire taire. » La journaliste Sonia Mabrouk s'inquiète de son côté,

2. Cf., par exemple, le rapport « CNEWS : un exemple de chaîne d'opinion ? », réalisé en 2022 par le sémiologue François Jost pour Reporters sans frontières (disponible sur RSF.org).

sur Europe 1, du « fichage des journalistes et des chroniqueurs » qui serait exigé par le Conseil d'État. Son invité, l'éditorialiste Michel Onfray, offre un éclairage historique : la décision des juges rappelle « l'affaire Dreyfus », mais aussi le « triangle rose » et « l'étoile jaune » imposé aux homosexuels et aux juifs pendant la Seconde Guerre mondiale. À ses côtés, le chroniqueur Mathieu Bock-Côté abonde : « Au nom de l'État de droit, on vous colle une étiquette. » (Un point de vue qu'il avait développé la veille dans *Le Figaro* : « C'est au nom de l'État de droit, aujourd'hui, qu'on surveille et qu'on punit, c'est en son nom que l'on veut fichier idéologiquement les citoyens, c'est en son nom qu'on veut enfermer le débat public dans des catégories préétablies. ») Le public visionnant cette émission radio, sur CNEWS ou en ligne, bénéficie des bandeaux qui viennent affiner le propos : « La liberté d'expression est-elle en danger ? » ; « Le Conseil d'État : la tentation autoritaire ? » ; « Vers un fichage des journalistes et chroniques ? » ; « RSF contre la liberté d'expression ? ». La une de *Journal du dimanche* abandonne le point d'interrogation avec ce titre : « Pourquoi ils veulent mettre fin à la liberté d'expression ». La synchronicité des réactions – dont on vient de rapporter un simple échantillon – n'est pas de nature à rassurer quant au risque de voir l'empire médiatique de Vincent Bolloré mettre toutes ses forces au service d'une même cause idéologique.

Leur virulence est d'autant plus notable que, contrairement à ce qu'affirment les partisans de CNEWS, la décision du Conseil d'État ne rompt aucunement avec le droit établi. Elle découle au contraire directement de la formulation de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986, qui affirme que l'exercice de la liberté de communication peut être limité dans la mesure requise par le respect du « caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion » (et non de l'expression des seuls partis politiques). Dès lors que les commentateurs d'une chaîne d'information s'engagent en faveur d'un camp ou d'un autre dans les débats qui agitent la société, et que des « animateurs se muent en polémistes, avec plus ou moins de subtilité », comme note encore le rapporteur public dans ses conclusions, il est logique que leurs prises de parole soient également prises en compte.

Définir les modalités d'un tel décompte est certes une tâche délicate. On ne saurait exiger, de façon illusoire et paralysante pour les journalistes, une stricte égalité entre des courants de pensée par définition difficiles à délimiter, ni imposer aux chaînes une typologie rigide des familles d'opinions, figeant artificiellement le mouvement des idées. Les outils choisis ne devraient pas plus imposer une classification fixe des allégeances intellectuelles et partisans supposées des chroniqueurs et éditorialistes. Mais rien de tel n'est en réalité requis pour reconnaître, là où elle existe, une

répartition systématiquement déséquilibrée du temps d'antenne, ou une représentation structurellement tronquée des débats de société, visant à promouvoir subrepticement une idéologie déterminée.

L'Arcom l'entend d'ailleurs ainsi dans sa délibération du 17 juillet 2024, faisant suite à l'injonction du Conseil d'État : elle s'efforcera d'apprécier « l'existence éventuelle d'un déséquilibre manifeste et durable dans l'expression des courants de pensée et d'opinion » dans les médias audiovisuels en s'appuyant sur un faisceau d'indices : la « variété des sujets » abordés, la « diversité des intervenants dans les programmes » et l'expression d'une « pluralité de points de vue ». Une telle démarche ne conduit pas, souligne l'Arcom, « à la qualification ou au classement de l'ensemble des intervenants à l'antenne au regard des courants de pensée ou des différentes sensibilités »³. La mise en œuvre d'une appréciation élargie du pluralisme dans les médias audiovisuels ne manquera pas de soulever des controverses légitimes. Mais de tels désaccords relèvent des conflits d'interprétation normalement soulevés par l'application d'un principe fondamental. Ils ne sont pas le signe d'une quelconque trahison des juges.

67

La controverse publique n'a d'ailleurs que peu porté, en réalité, sur les formes concrètes que pourrait prendre l'évaluation du respect du pluralisme sur les chaînes audiovisuelles. Derrière l'alerte au « fichage », c'est ce principe lui-même qui a souvent été ciblé par l'offensive médiatique. En quoi consiste-t-il ?

LE PRINCIPE DU PLURALISME MÉDIATIQUE

L'existence d'une délibération publique pluraliste est une condition essentielle de la démocratie. La souveraineté du peuple n'est envisageable que si les points de vue contradictoires coexistant au sein de la société s'affrontent publiquement. C'est la confrontation des opinions et des raisons qui permet aux citoyens de faire des choix libres et informés. Tocqueville voyait là le fondement de la liberté de la presse dans les sociétés démocratiques : « Dans un pays où règne ostensiblement le dogme de la souveraineté du peuple, la censure n'est pas seulement un danger, mais encore une grande absurdité. » En effet, lorsqu'on « accorde à chacun un droit à gouverner la société, il faut bien lui reconnaître la capacité de choisir entre les différentes opinions qui agitent ses contemporains, et d'apprécier les différents faits dont la connaissance peut le guider ». Mais il anticipait aussi le danger que constitue la

3. Délibération n° 2024-15 du 17 juillet 2024 relative au respect du principe de pluralisme des courants de pensée et d'opinion par les éditeurs de services.

presse lorsqu'elle cesse de refléter la pluralité des perspectives sociales pour se mettre au service d'une seule et même vision. Elle devient alors un formidable vecteur de conformisme idéologique : « Lorsqu'un grand nombre des organes de la presse parvient à marcher dans la même voie, leur influence à la longue devient presque irrésistible, et l'opinion publique, frappée toujours du même côté, finit par céder sous leurs coups. »⁴ La pluralité qui importe en dernier lieu n'est pas celle des journaux, mais celle des idées.

68 La traduction de cette idée politique en principe juridique s'est imposée dans certaines démocraties précisément parce qu'il est apparu que la liberté d'expression, la liberté de la presse et la liberté d'entreprendre n'assuraient pas à elles seules les conditions minimales d'un choix réellement souverain. Le jeu du marché ne garantit pas, en effet, la représentation équitable des courants d'opinion dans la sphère publique, et il l'empêche parfois. Le raisonnement du Conseil constitutionnel, dans les décisions fondatrices du début des années 1980 qui firent de « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels⁵ » dans la presse et les médias un objectif à valeur constitutionnelle, est à cet égard explicite. Dans une démocratie, explique le Conseil, sous l'impulsion du doyen Vedel, les membres du public doivent être « à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché⁶ ». Le pluralisme a depuis été introduit, en 2008, dans la Constitution, notamment en son article 4, selon lequel « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions » au même titre que « la participation équitable des partis et groupements politiques » à la vie démocratique.

Ce n'est pas là une singularité française. La Cour européenne des droits de l'homme considère elle-même, depuis 1993, que l'État doit garantir le pluralisme en matière de communication des informations et des idées d'intérêt général dans les médias⁷. Les formulations et les règles varient d'un ordre juridique à l'autre et l'interprétation de l'idée d'une expression pluraliste des courants d'opinion et de pensée suscite son lot de difficultés et de désaccords raisonnables. Mais ce principe n'en guide pas moins les efforts de certaines démocraties pour corriger, atténuer ou compenser les effets d'une compétition économique dérégulée sur le débat public, tels le financement public de la presse d'opinion, les limites posées à la concentration

4. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), Paris, Gallimard, 1961, t. 1, II, 3.

5. Décision 141 DC du 27 juillet 1982.

6. Décision 181 DC du 11 octobre 1984.

7. CEDH, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993.

des entreprises médiatiques, ou encore l'interdiction de la publicité politique commerciale dans l'audiovisuel.

Quel est, alors, le problème avec le pluralisme ? Deux griefs principaux se sont fait entendre lors de l'offensive médiatique menée en février 2024 par les partisans de CNews contre le supposé « coup de force des juges »⁸. Il serait, d'une part, injustifié d'imposer le respect du pluralisme à des chaînes privées et, d'autre part, liberticide de restreindre en son nom leur liberté éditoriale.

DES EXIGENCES DIFFÉRENCIÉES SELON LES MÉDIAS

Le premier grief, cautionné par certains juristes soucieux de défendre « la voix différente » portée par le groupe Bolloré contre la « véritable inquisition » que voudrait créer le Conseil d'État⁹, a trait à la portée du principe de pluralisme : ce dernier ne vaudrait que pour les médias publics.

69

Le pluralisme, de fait, n'exige pas de tous les médias qu'ils représentent chacun l'ensemble des courants d'opinion et de pensée. C'est plutôt au niveau de l'espace médiatique tout entier qu'il exige une diversité adéquate. Cela suppose cependant à la fois l'existence d'une multiplicité de canaux médiatiques, c'est le « pluralisme externe », et l'effort de certains médias pour présenter en leur sein des points de vue pluriels, c'est le « pluralisme interne ». Le pluralisme interne est requis, car le pluralisme externe ne suffit pas. Il n'est pas rare de voir une multitude de médias mettre en valeur les mêmes idées, que ce soit par conformisme, sous l'effet de la concurrence, ou parce qu'ils ont des intérêts économiques communs ; l'existence de chaînes exposant chacune une véritable diversité de points de vue est donc salutaire pour le public.

Tous les médias ne sont certes pas logés à la même enseigne en matière de pluralisme et ne devraient pas l'être. Les chaînes publiques sont toutes astreintes à des exigences de pluralisme interne, car les organes contrôlés par l'État ne devraient pas être mis au service d'un courant d'opinion particulier. Il en va différemment des médias privés dans la presse écrite ou sur les ondes radiophoniques : là où une grande multiplicité de journaux ou de radios existe, ils peuvent se faire les porte-voix de courants d'idées particuliers sans que le pluralisme soit pour autant menacé.

8. Ivan Rioufol, « Le coup de force des juges contre CNews, coupable de sa liberté », *Causeur*, 14 février 2024.

9. Jean-Éric Schoettl, « CNews : après la décision du Conseil d'État, c'est à une véritable inquisition que l'Arcom devra se livrer » (tribune), *Le Figaro*, 15 février 2024.

Il est toutefois un troisième cas de figure : certains médias privés utilisent, pour assurer leur diffusion, des ressources rares qu'il revient à l'État d'allouer dans l'intérêt public. C'est le cas des chaînes de la télévision numérique terrestre comme CNews : elles utilisent des fréquences qui sont en nombre limité et permettent d'atteindre une audience particulièrement importante. Ces deux traits corrélés (rareté et portée des canaux) expliquent pourquoi le droit français admet l'existence de médias d'opinion dans la presse et à la radio, mais non sur la TNT¹⁰. Il n'y a rien d'incohérent, de ce point de vue, à ce que le Conseil d'État reconnaisse le droit « d'assurer l'expression d'un courant particulier d'opinion¹¹ » à Radio Courtoisie, mais non à CNews. Cette dernière prétend d'ailleurs elle-même être une chaîne d'information qui ne promeut aucune idéologie. Elle s'est notamment engagée, dans la convention qui l'autorise à exploiter un canal de la TNT¹², à respecter le pluralisme.

70 Ceux qui réclament pour CNews la même liberté éditoriale que pour *Valeurs actuelles* ou une chaîne YouTube, au motif qu'il s'agit de médias privés, feignent ainsi d'ignorer que les devoirs pesant sur les médias varient aussi selon leur nature. La définition exacte des obligations différenciées que le principe du pluralisme crée pour les médias est, là encore, légitimement sujette à discussion. Mais il n'y a aucune raison d'admettre qu'il ne saurait dans tous les cas valoir que pour les médias publics. Ce n'est pas, en effet, seulement l'impartialité de l'État qui est en jeu ; c'est aussi l'institution effective d'un espace public où s'exprime de manière contradictoire la diversité des opinions.

LE PLURALISME, CONDITION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Le second grief adressé au pluralisme est exprimé directement par la mobilisation massive de la rhétorique de la censure : l'effort pour régler l'exercice de la liberté d'expression conformément aux exigences du débat public porterait à cette liberté une atteinte injustifiable. La stratégie consistant à retourner contre l'État de droit ses propres principes trouve ici son aboutissement : la mise en œuvre réglée de la liberté est dénoncée comme illibérale.

10. Cf. Camille Broyelle, « Le pluralisme interne sur les chaînes de la TNT, une exigence démocratique », *La Revue européenne des médias et du numérique*, n° 69-70, 2024, p. 31-34.

11. CE, 27 novembre 2015, n° 374373.

12. CSA, 11 décembre 2019, n° 2019-582.

Certaines des règles associées au pluralisme limitent, à n'en pas douter, la liberté éditoriale des journalistes et animateurs, en même temps que la liberté d'entreprendre des patrons de presse. C'est notamment le cas des règles qui imposent une obligation de faire entendre dans leur diversité les courants d'opinion et de pensée. Voir le pluralisme comme une contrainte extérieure pesant sur la liberté d'expression est toutefois une erreur. Il participe en réalité de la mise en œuvre de ce droit, bien compris. En démocratie, la liberté de communication n'est pas seulement un droit privé de l'individu, elle constitue aussi un droit politique du citoyen : un droit de participer à l'espace public, à la fois comme locuteur et comme auditeur. Il s'agit, dans les termes de Jürgen Habermas, d'un droit à la « participation au processus de communication publique »¹³, qui comprend à la fois le droit de prendre la parole et le droit d'accéder aux opinions et informations transmises par autrui dans des conditions suffisamment équitables.

71

Malgré les connotations réductrices du syntagme « liberté d'expression », le droit international reconnaît la double dimension de cette liberté, qui appartient à l'auditeur autant qu'au locuteur : elle inclut le droit « de chercher, de recevoir et de répandre » (art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), ou encore « de recevoir ou de communiquer » (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme) des informations ou des idées. Or, si le principe du pluralisme médiatique restreint parfois la liberté de communication du côté des locuteurs, il vise en revanche à rendre effective cette même liberté du côté des auditeurs, en garantissant qu'ils ont accès à une diversité suffisante de points de vue.

C'est d'ailleurs par ce raisonnement que le pluralisme a pu être érigé, en droit français, en objectif à valeur constitutionnelle avant même d'être introduit dans la Constitution. Les lecteurs (et plus généralement le public des médias) « sont au nombre des destinataires essentiels » de la liberté de communication des pensées et des opinions proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; or sans pluralisme suffisant, leur liberté « ne serait pas effective¹⁴ ». La Cour européenne raisonne de manière analogue lorsqu'elle affirme que la liberté d'expression oblige l'État à garantir le pluralisme dans les médias : cette liberté joue un rôle fondamental dans une société démocratique « quand, à travers la presse écrite, elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt

13. *L'Espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise* (1962), Paris, Payot, 1992, p. 236.

14. Décision 181 DC du 11 octobre 1984.

général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre » ; or « pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant »¹⁵.

72 C'est ainsi afin de rendre effective la liberté d'expression pour les membres du public que des obligations en matière de pluralisme se trouvent imposées aux chaînes audiovisuelles (et que le Conseil d'État demande à l'Arcom d'apprécier de façon plus large la diversité des courants de pensée diffusés par un média comme CNews). En imposant une répartition équitable du temps d'antenne, on limite certes une composante de la liberté d'expression, mais dans le but d'en renforcer une autre. Admettre que cette liberté est en jeu des deux côtés ne fait certes pas disparaître la tension entre pluralisme et liberté éditoriale. Mais cela permet de mieux saisir le sens d'un tel conflit. Il reflète la nature composite de la liberté d'expression, et non sa mise à mal par des objectifs illibéraux. Le conflit se conçoit bien si l'on reconnaît que la liberté d'expression vaut pour les individus et les forces sociales qui s'expriment dans les médias, mais aussi pour les éditeurs qui les animent et enfin pour les membres du public qui les consultent. Les intérêts des uns et des autres sont voués à se heurter parfois, sans créer pour autant des dilemmes insolubles. Des solutions peuvent être trouvées pour concilier autant que possible les intérêts et les principes en présence, à la lumière des fins que le droit à la libre communication sert en démocratie¹⁶.

*

La liberté d'expression se voit ainsi retournée contre elle-même et contre l'État de droit. Dénoncer la mise en œuvre du pluralisme médiatique comme une nouvelle forme de censure, c'est amputer cette liberté de l'une de ses dimensions essentielles. C'est faire croire qu'elle se trouve du côté des médias qui tentent de s'affranchir de leurs obligations, mais non du côté du public qui devrait pouvoir accéder à la pluralité contradictoire des courants d'opinion et de pensée. Peindre les juges qui appliquent les règles du pluralisme en inquisiteurs, c'est encore chercher à affaiblir l'État de droit pour mieux préserver les puissants intérêts privés qui s'efforcent de contourner la loi. Là est le véritable péril pesant, dans cette affaire, sur la liberté d'expression.

15. CEDH, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993, §38.

16. Sur ce point, cf. Charles Girard, « Paroles contre paroles. Les conflits internes à la liberté d'expression », *Raison publique*, n° 28, 2024, p. 21-47.

On ne peut à cet égard que s'étonner du commentaire livré par le ministre de l'Intérieur de l'époque. Interrogé par une journaliste de CNews dans les colonnes de *Paris-Match* à propos de la décision rendue quelques jours plus tôt par le Conseil d'État, Gérald Darmanin répond qu'« il n'est jamais bon que l'État ou qu'une puissance publique, quelle qu'elle soit, dise ce qu'il faut entendre à la télévision, à la radio ou lire dans un journal ». Nul n'en disconviendra. Mais rien, dans la décision en question, ne conduit à soumettre le contenu des programmes à l'arbitraire d'un pouvoir politique ou judiciaire.

Les questions soulevées sont en réalité tout autres. Est-il justifié que l'État alloue une fréquence hertzienne à un média d'opinion qui se fait passer pour une chaîne d'information sans s'acquitter de ses obligations légales ? Comment reconnaître et éviter une telle situation ? La tension entre pluralisme et liberté éditoriale est réelle, mais elle n'est pas le fruit d'une remise en cause insidieuse de la liberté d'expression par les juges. Elle est interne à cette liberté elle-même, comprise comme le droit fondamental qu'a tout citoyen de participer à l'espace public – un droit qui exige à la fois que la parole soit libre, que les participants soient sur un pied d'égalité et que la communication soit réellement publique, donc pluraliste¹⁷.

73

17. Cet article développe l'analyse d'abord présentée dans un entretien publié le 8 mars 2024 sur le site de *Philosophie magazine* sous le titre « C'est une erreur de voir le pluralisme seulement comme une contrainte pesant sur la liberté d'expression ». Pour un examen plus approfondi du principe de pluralisme et des questions d'interprétation qu'il soulève, cf. Pierre Auriel et Charles Girard, « Le pluralisme des médias, condition de la liberté d'expression. À propos de l'interdiction de la publicité politique », *Raison publique*, n° 28, 2024, p. 49-73.

R É S U M É

C'est au nom de la liberté elle-même que les libertés fondamentales se trouvent souvent attaquées. Les règles qui visent à rendre la liberté d'expression effective pour tous, en assurant le pluralisme dans la représentation des courants d'opinion dans les médias, sont ainsi régulièrement accusées d'être liberticides. Cette rhétorique s'est déployée avec force dans l'espace public français en février 2024, à la suite d'une décision du Conseil d'État à propos de la chaîne CNews. L'examen de cet épisode éclaire la stratégie qui consiste à invoquer les principes de l'État de droit pour mieux en subvertir la mise en œuvre.

DU SECRET AU MENSONGE :
L'ÉTAT DE DROIT
CONTRE LUI-MÊME

75

Depuis les Lumières, les libéraux attendent du gouvernement qu'il se soumette à l'arbitrage du public. Kant y voit le fondement de la paix civile et internationale. Necker, dans *De l'administration des finances de la France* (1784), sollicite « la bonne opinion du peuple » tout en admettant que la politique étrangère et la guerre se décident dans le secret du cabinet. En 1831, au temps des révolutions libérales et nationales qui secouent les empires, des députés radicaux revendiquent (vainement) que la publicité s'étende aux enjeux internationaux, afin que l'opinion puisse délibérer des options diplomatiques. Les républicains estiment que le secret des négociations opprime le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et empêche les Français de soutenir des guerres de libération légitimes.

L'entre-deux-guerres voit renaître l'espoir d'une diplomatie de la place publique, dans un sens pacifique. C'est le rêve de Wilson outre-Atlantique qui l'a placé en tête des quatorze points qui fondent la paix à venir, en janvier 1918 : « Des traités de paix ouverts, auxquels on a librement abouti, après lesquels il n'y aura ni action ou décision internationale privée d'aucune nature, mais une diplomatie franche et transparente. » Mais, en 1937, lorsque Léon Blum justifie à la radio sa pause dans le programme du Front populaire en s'inscrivant dans la filiation des Lumières et leur exigence de publicité, il ne vise toujours pas le domaine de la sécurité nationale : « Il n'y a pas de secrets d'État dans une véritable démocratie. Le gouvernement ne croit pas s'affaiblir, mais bien au contraire se fortifier en vous faisant ainsi la confiance de ses desseins. » Défense, renseignement et négociation diplomatique continuent d'échapper à la publicité. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, qui a promu la figure

clandestine de l'espion et du résistant, la mise au point et l'usage de l'arme atomique créent un régime particulier dans ce périmètre soustrait au regard de l'opinion publique. L'exceptionnalité du pouvoir de destruction de la bombe, la menace que fait peser sur l'existence même de l'humanité une guerre nucléaire, justifie un degré nouveau de secret. Les institutions, les processus et les acteurs qui décident de la force de frappe sont ignorés du public. La communauté savante a longtemps admis comme une chose naturelle ce secret au nom de l'exceptionnalisme nucléaire, notamment en France où le choix de se doter de la bombe s'est fait sans débat et comme par inadvertance, sous la IV^e République.

76 Pourtant, la Constitution de la V^e République formule explicitement le contrat qui fonde la démocratie libérale sur l'exigence de publicité. Elle proclame dès son article 3 que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ». Les délibérations du Parlement qui « contrôle l'action du gouvernement » sont publiques et publiées au *Journal officiel*. La publicité est garantie, contre son envers, le secret, justifié, encadré, réglementé. Non pas seulement le secret d'État comme une partie de l'information dont certains de ses agents disposent, mais, pour reprendre la formule de Sébastien-Yves Laurent, l'État secret caractérisé par des institutions stabilisées, des acteurs et des pratiques officielles (classification de documents, activités de renseignement) justifiés par une doctrine qui, elle-même, est discutée publiquement¹.

Si la Constitution prévoit des limites à la publicité, au titre du secret, elle ne dit rien d'un autre péril, qui n'est pas l'opposé de la publicité, son antonyme délimité officiellement, mais un poison plus pernicieux, qui contourne et mine cette exigence : le mensonge d'État. Comme tout mensonge, le mensonge d'État est condamné moralement mais il apparaît comme un non-lieu plutôt qu'un lieu secret et, partant, un non-dit du débat politique. Un non-lieu dont on ne dit rien et qui ne permet pas de caractériser des pratiques, ni dans le contrat constitutionnel ni, somme toute, dans le contrat quotidien qu'est le jugement de l'opinion *via* la presse et d'autres médiations (manifestations, pétitions, ONG, etc.). Seule exception à l'exigence de sincérité : les comptes des administrations publiques, qui doivent être « réguliers et sincères ». Comme si le mensonge, la dissimulation, le travestissement, ne pouvaient se loger que dans les réalités chiffrées, qui seraient le seul horizon de la vérité.

Plus étonnant : si l'État échappe formellement à cette exigence de sincérité, le citoyen qui dépose devant les commissions parlementaires jure

1. *État secret, État clandestin : essai sur la transparence démocratique*, Paris, Gallimard, 2024.

de dire « la vérité, toute la vérité, rien que la vérité ». Un magistrat peut répondre de parjure. À la suite d'une décision du Conseil constitutionnel de 2005, entérinée six mois plus tard par le règlement de l'Assemblée nationale, le débat parlementaire obéit désormais au principe « de clarté et de sincérité »². Rien de tel pour le président de la République ou son gouvernement, comme si le contrat libéral à propos de la publicité ne concernait pas l'exécutif. Un président, un ministre peut mentir dans l'exercice de ses fonctions sans risquer d'autre peine que celle délivrée par le tribunal médiatique ; or ce tribunal suspend volontiers son jugement comme si l'héritage machiavélien faisait du bon homme d'État, sinon un menteur, un roué, un homme capable de tromper. « Les Guignols de l'info » ont représenté Jacques Chirac en « super-menteur » pendant la campagne de 2002 : ce statut ne l'a pas empêché d'être élu président de la République...

77

La façon dont l'État, ses différentes institutions et ses acteurs peuvent, au nom de certains intérêts (y compris publics), rompre le pacte de confiance démocratique qui suppose non seulement la publicité des décisions, mais aussi la sincérité de l'État et l'exigence de véracité, n'a guère suscité de travaux en sciences humaines et sociales. Un livre s'y est employé. Il considère le mensonge comme une action délibérée, puisque le mensonge, venant de *mens*, l'esprit, suppose une intentionnalité. L'ouvrage a identifié au moins trois situations typiques où l'État de droit se place en contravention avec son idéal de publicité³. Le mensonge se conçoit comme une volonté d'occulter une vérité pour cacher une information par le silence ou l'omission ; d'organiser l'ignorance pour tromper le public ; de susciter l'oubli ou la méconnaissance du passé. Ce livre démonte l'un ou plusieurs de ces types de mensonge dans de nombreux domaines, santé, environnement, police, justice, défense, en cherchant à comprendre leurs mobiles. Pour quelles raisons l'État contrevient-il à ses principes élémentaires ? C'est l'occasion de proposer une autre typologie, celle de cette contre-rationalité qui justifie de déroger à ses principes.

Un secteur, le nucléaire, et particulièrement le nucléaire militaire, apparaît comme un cas exemplaire du glissement du secret au mensonge, de la dérogation du devoir de publicité à la volonté de tromper le public, au nom de ses spécificités (sa puissance destructrice), de sa complexité scientifique (le profane n'y comprend rien) et sans doute de son histoire (la France s'est

2. Décision 526DC du 13 octobre 2005.

3. Yvonnick Denoël et Renaud Meltz (dir.), *Mensonges d'État. Une autre histoire de la V^e République*, Paris, Nouveau Monde Éditions, 2023.

dotée de la bombe à l'issue d'un processus clandestin). Le secret du nucléaire a couvert jusqu'à certains des organes producteurs des décisions, de sorte que le paysage institutionnel où chemine la décision politique en matière d'atome militaire demeure flou, échappant à la délibération collective. Le Comité des explosifs nucléaires, créé par un décret du 26 octobre 1954⁴, puis le Comité des sites lointains, qui planifie le programme des tirs, demeurent largement méconnus du public. C'est également vrai de la direction des relations internationales du Commissariat à l'énergie atomique (CEA) ou de l'analyse stratégique de la Direction des applications militaires (DAM). Soixante-dix ans après, les chercheurs n'ont toujours pas accès aux archives des atomistes, l'institution se dérochant à l'obligation qui lui est faite, en tant qu'établissement public industriel et commercial, de mettre en place les moyens relatifs à la communication des archives *publiques* qu'elle produit dans le cadre de ses activités.

Le nucléaire militaire s'offre ainsi comme un cas d'école des différentes façons que l'État de droit a d'agir contre lui-même : omission de périls connus en amont des essais nucléaires, d'abord. Justifiée de façon implicite par l'importance de l'enjeu (l'indépendance stratégique) mais aussi d'autres motifs (le précédent de mensonges étrangers), cette occultation se poursuit ensuite avec l'organisation de l'ignorance pendant les essais, alors que le risque dissimulé produit ses effets redoutés dès les premiers tirs et leurs aléas. Cette « agnotologie », répétée sur plusieurs décennies, se prolonge lorsque l'État empêche l'histoire de s'écrire, voire propose son propre récit pour continuer à dissimuler et maintenir l'ignorance.

LES VICTIMES DU MENSONGE

L'expertise versus le droit d'information du citoyen

Que sait la communauté scientifique des risques de l'exposition aux retombées radioactives lorsque les militaires conçoivent, pour le compte des ingénieurs du CEA, les sites d'essais au Sahara d'abord (à Reggane, premier tir atmosphérique le 13 février 1960 ; à In Ecker, premier tir confiné le 7 novembre 1961), ensuite aux Tuamotu, enfin en Polynésie française (cent quatre-vingt-treize tirs à Moruroa et Fangataufa, aériens puis souterrains entre 1966 et 1996) ? Un travail universitaire a fait le point sur les arènes de production et de partage de savoirs : les militaires français, connectés

4. Service historique de la défense, GR 13 R 3/1, arrêté du 2 novembre 1954. Sur ce comité, cf. le témoignage du général Jean Crépin dans *L'Aventure de la bombe. De Gaulle et la dissuasion nucléaire, 1958-1969*, Paris, Plon, 1985.

à leurs alliés, insérés dans les réseaux académiques internationaux, disposaient d'états de l'art régulièrement renouvelés⁵. Le Commandement des armes spéciales (armée de terre puis interarmées) passe d'une compréhension des effets sur les matériaux et environnements pour établir une doctrine de combat à l'enjeu de la protection des opérateurs des essais. Les lésions provoquées par le souffle, les éclairs, les projectiles secondaires, sont les plus spectaculaires, mais les effets des radiations sur les tissus et le sang sont déjà largement documentés avant le premier essai.

En 1957, le médecin-colonel Duval donne une conférence intitulée « Les effets de l'arme atomique sur le corps humain et les problèmes que l'emploi de cette arme pose au service de santé ». En 1958, deux ans avant le premier essai français en Algérie, les militaires progressent dans la compréhension des périls des radiations grâce aux travaux d'Euratom : les six États membres de cette Communauté européenne de l'énergie atomique cherchent à harmoniser les seuils de doses admissibles. Cette coopération internationale inquiète l'État qui redoute qu'une normalisation européenne puisse limiter sa liberté d'action et s'ingère dans sa façon de gérer les risques induits par les essais au Sahara⁶. Militaires et agents du CEA constituent leur propre commission de sécurité. C'est dans cette enceinte, puis au sein des services mixtes de sécurité décidés par le ministre des Armées Pierre Messmer en janvier 1964 (SMSR et SMCB), que les spécialistes des effets des retombées radioactives et les experts en radioprotection des armées et du CEA fixent leurs propres seuils de contamination – en s'alignant finalement largement sur les normes internationales.

79

L'expert civil mobilisé pour occulter les périls radiologiques

Au milieu des années 1960, les connexions avec les savants américains et la co-construction d'une standardisation mondiale par l'Agence internationale de l'énergie atomique conduisent les concepteurs du Centre d'expérimentation du Pacifique à fixer un maximum d'exposition aux rayonnements radioactifs pour les populations riveraines équivalant à la norme internationale de 5 millisieverts. Ces normes peuvent jouer contre les intérêts des populations : pendant les deux réunions tenues au tournant des années 1965 et 1966, la proposition militaire du médecin général Aeberhardt se fait plus prudente que la norme de 15 millisieverts souhaitée par Henri Jammet,

5. Quentin Comminsoli, « Protéger face à l'invisible. Des origines de la radioprotection à son application lors des essais nucléaires en Polynésie : connaissances, normes et acceptabilité du risque », mémoire de master 2, IEP d'Aix-en-Provence, 2024.

6. Comité technique interministériel pour les questions relatives à l'application du traité Euratom, compte rendu de la réunion du 25 mai 1959, cité *ibid.*, p. 83.

l'expert civil du CEA, qui se fonde sur les « nouvelles réglementations internationales » concernant les travailleurs adultes non liés aux essais.

Le professeur Jammet est enclin, selon l'hommage rendu par un collègue à sa mort, à refuser les « terreurs mythiques qu'inspiraient à certains théoriciens les faibles doses des rayonnements », n'étant « pas dupe d'un formalisme mathématique qui ne sert qu'à masquer les ignorances ». La formule résume l'un des motifs du mensonge-dissimulation, l'occultation de périls propres à paniquer le profane, et donne à voir le rôle d'un acteur clé du mensonge, qui opère entre le gouvernement et la population : l'expert. L'asymétrie entre le savoir de l'expert et l'ignorance des citoyens justifie un gouvernement du risque fondé sur le mensonge par omission, comme si la rationalité politique des scientifiques se déduisait de leur expertise, tandis que l'ignorance conduisait le citoyen à une irresponsabilité politique.

De façon contre-intuitive, dans le cas du nucléaire militaire, le civil est moins-disant que le militaire en termes de mesures de protection. Mais, dans la construction de l'occultation des risques, l'expert civil est celui qui est mis en avant, fût-il moins soucieux du bien public ; il sert surtout de paravent à la co-construction des risques pour masquer l'acteur militaire, de longtemps soupçonné par la société de déroger, pour des raisons souvent acceptées (plans de guerre secrets, état du moral des troupes pendant la guerre, etc.), à l'exigence de publicité. Ainsi, c'est le professeur Jamet et non le médecin militaire Aeberhardt qui est envoyé à Tahiti en avril 1962 pour protester de l'innocuité des essais américains en cours aux Christmas, avant l'annonce de la création d'un site d'essais français. Dans cette ancienne colonie, il s'agit d'associer la notion de risque maîtrisé par la science à l'appartenance à une grande nation aux ressources scientifiques importantes, capable de développer un « réseau d'observation et de protection qui existait déjà à l'état embryonnaire⁷ ».

En 1963, c'est Jean Viard, le directeur des essais à la DAM, qui accepte de jouer le rôle de « caution » civile pour « éviter des critiques mal fondées » et convaincre les « détracteurs que les normes de sécurité appliquées au CEP ne sont pas des principes et des normes exceptionnels à seul usage militaire »⁸. De même le Centre d'expérimentation du Pacifique est-il doté d'une commission de sécurité présidée par un civil, savant à la renommée

7. Note du sénateur Gérard Coppenrath sur la conférence du professeur Jammet à Tahiti le 21 avril 1962, citée par Assemblée de la Polynésie française, *Les Polynésiens et les essais nucléaires. Indépendance nationale et dépendance polynésienne*, rapport de la commission d'enquête sur les conséquences des essais nucléaires, 2006, p. 29.

8. CEA/DAM, S7410256, courrier de Jean Viard au général Thiry, 11 juin 1963.

mondiale, le physicien du CEA Francis Perrin. Le général Thiry le fait parler à Radio Tahiti en 1965 pour rassurer l'opinion polynésienne. Le député John Teariki s'en moque amèrement : « On nous garantit que les normes de protection de la population adoptées par les instances internationales seront très largement respectées. Ce qui veut dire que nous serons irradiés réglementairement. » De fait, les militaires, Thiry au premier chef, s'affranchissent des recommandations de la commission présidée par Perrin, qui restent lettre morte en 1966, alors qu'elles réclament la construction d'abris aux Gambier, afin de protéger les habitants de cet archipel proche de Moruroa d'éventuelles retombées⁹. Le général Thiry les juge improbables. Sa décision prépare le passage d'un péril occulté à un aléa dissimulé.

LA CATASTROPHE IGNORÉE

81

La contamination des îles Gambier, considérée comme impossible avant les tirs à Moruroa et Fangataufa, est avérée dès l'essai Aldébaran du 2 juillet 1966. Détectée par le SMSR le jour même, elle est confirmée les jours suivants par une mission du SMCB sur place. Que faire ? L'information est dissimulée aux habitants directement concernés, comme aux opérateurs¹⁰. Faute d'abri construit dans les temps aux Gambier, on ne peut y rassembler les habitants. Reste un plan d'évacuation. Des moyens ont été prévus. Ils ne sont pas mobilisés. Aeberhard, sur le porte-avions *Foch*, redoute de semer la panique, au dire de Pierre Le Guen, son adjoint du SMCB. Les experts sont imprégnés d'une approche différentialiste de la rationalité des acteurs : « Rien n'est pire que la panique, communiquée à ceux qui ignorent. Ne jamais envisager une évacuation dans l'urgence. Une population peut vaquer à ses occupations habituelles, en prenant quelques précautions, pendant quarante-huit heures, au détour d'une retombée, le dommage sera moindre que si on lui imposait une évacuation précipitée. » Et d'invoquer le (contre-)modèle américain : « On sait que les Américains en avaient fait la triste expérience dans le Nevada¹¹. » Le ministre Billotte, évacué des Gambier, fait une

9. Archives nationales, 19940227/76, déclaration de Francis Perrin sur Radio Tahiti le 20 juillet 1965 ; Service historique de la défense, GR13R150/1, procès-verbal des questions soulevées au cours de la mission DIRCEN/OPS, 17 février 1966, annexe F (questions relatives à l'organisation des postes périphériques).

10. Renaud Meltz, « Associer et dissimuler. Les essais nucléaires aériens en Polynésie française : un "deuxième contact" entre secret et mensonge », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 72, 2023, p. 88-116.

11. Pierre Le Guen, « Un été 1966 en Polynésie. Aldébaran, premier essai à Mururoa », s. d.

conférence de presse le lendemain, 3 juillet, à Tahiti, pour rassurer la population polynésienne.

Les militaires décident de dissimuler les retombées. Les habitants des Gambier boivent l'eau des citernes, qui n'est rien d'autre que la pluie qui a fait retomber les particules du nuage radioactif sur l'île. Les enfants jouent dans le sable, les adultes cueillent leurs salades, les mamans préparent les biberons avec l'eau contaminée. Les Polynésiens ignorent la faillite des outils conçus pour anticiper ces retombées et s'en prémunir. Comme la plupart des opérateurs indépendamment des spécialistes du SMSR, ils ne disposent pas de tenues de protection, de dosimètre permettant d'alerter sur une contamination, ni de consignes susceptibles de limiter leur exposition aux rayonnements radioactifs. Il n'y a pas lieu d'évaluer ici l'ampleur des retombées, qui fait l'objet d'une discussion entre des auteurs indépendants et le CEA¹².

82 Il n'est pas davantage question de trancher les conséquences sanitaires de ces catastrophes dissimulées, qui ont empêché de protéger en amont (abri ou évacuation préventive) et en aval (évacuation curative), l'épidémiologie restant largement à faire, comme une sorte d'agnostologie. Reste ce poison incontestable : le mensonge d'État, qui brise définitivement la confiance envers la parole publique des habitants interrogés dans les îles proches de Moruroa¹³.

Pour la deuxième campagne d'essais en Polynésie, menée à l'été 1967, les risques sont moins invisibilisés que banalisés, créant une légère faille dans le régime d'opacité généralisée. Le général Thiry demande aux experts des services de sécurité de montrer les risques aux opérateurs des essais et aux populations riveraines de Moruroa, en les associant aux dispositifs de sûreté afin qu'ils participent à leur propre protection. Mais cette nouvelle politique de communication ne concerne que l'échelon local et ne fait pas l'objet d'une publicité vers l'étranger. Ce jeu se diversifie même à l'échelle de la Polynésie française, où la communication diffère entre les atolls proches des polygones de tirs et les îles de la Société, où le dosimètre demeure un objet inconnu¹⁴.

Le silence sur ce qui n'est plus un risque dissimulé mais des retombées radioactives répétées, campagne après campagne, jusqu'à toucher les rives de Tahiti avec l'essai Centaure en 1974, conduit l'État à persévérer dans

12. Sébastien Philippe et Tomas Stadius, *Toxique. Enquête sur les essais nucléaires français en Polynésie*, Paris, PUF-Disclose, 2021. Par ailleurs, Patrice Baert signale le choix de ne pas distribuer aux habitants des Gambier les doses d'iode prévues pour saturer la thyroïde et éviter de fixer les produits de fission des retombées (*Essais nucléaires en Polynésie française. Une histoire de mensonges et de contre-vérités*, Paris, L'Harmattan, 2025, p. 75).

13. Campagne d'entretiens réalisée par l'auteur, notamment à Tureia, en novembre 2024.

14. Renaud Meltz, « Banaliser des "risques acceptables" pour la bombe H (1967-1968) », in *id.*, Benjamin Furst et Alexis Vrignon (dir.), *Un deuxième contact ? Histoire et mémoires du CEP*, Papeete, Éditions de la MSH-P, 2025, p. 113-128.

l'organisation de l'ignorance sur l'existence de ces retombées. La stratégie demeure la même : exploiter l'expertise civile et des figures de savant médiatiques. Des missions sont organisées à Moruroa, l'atoll dit du secret (l'une des étymologies possibles du nom de l'île, tristement prédestinée), conduites par le géologue français Haroun Tazieff, le physicien néo-zélandais Hugh Atkinson, puis le commandant Cousteau entre 1982 et 1987, avant qu'une équipe de vingt et un médecins soit réunie en 1990¹⁵. Toutes ces missions visent à démontrer l'innocuité des tirs réalisés et la faiblesse des retombées : la publicité est ici au service, non pas du public, mais de l'agnotologie.

Ce n'est pas assez pour étouffer la volonté de savoir, ni faire taire les protestations. Paradoxalement, le mensonge d'État encourage en réaction la société civile à élaborer une contre-expertise.

PERPÉTUER LE MENSONGE

83

L'affaire « Rainbow Warrior », du nom du navire de Greenpeace saboté par la Direction générale de la sécurité extérieure en 1985, illustre parfaitement le glissement du secret au mensonge. L'action clandestine qui vise à empêcher les contestataires de gêner les campagnes d'essais est niée contre toute évidence ; ses acteurs, au plus haut niveau de l'administration, mentent à Bernard Tricot, grand commis de l'État associé à la création de la dissuasion française, chargé de faire la lumière sur les responsabilités de l'opération de sabotage, qui reconnaît, après avoir remis un rapport innocentant les services secrets, qu'on lui a menti.

Il faut alors invoquer la responsabilité des citoyens dans le mensonge d'État et la responsabilité collective de ces atteintes consenties au pacte démocratique. Alors que l'action clandestine, secrète par définition, aboutit à un mensonge avéré devant l'opinion publique mondiale, l'opinion française fait corps avec ses autorités : le scandale a certes coûté ses fonctions au ministre de la Défense, Charles Hernu, mais il ne coûte ni la candidature ni le succès de François Mitterrand à un second mandat de président de la République trois ans plus tard...

Telle est la forme la plus sophistiquée et la plus collective du mensonge étatique, où l'État implique d'une certaine façon tous les citoyens : la fiction, le roman national. Le mot mensonge a longtemps été féminin. Selon certains étymologistes, son changement de genre au XVII^e siècle s'est

15. Renaud Meltz et Manatea Taiarui, « Entre publicité et secret : l'expert, acteur international des essais nucléaires au temps du Centre d'expérimentation du Pacifique (1962-1996) », *Relations internationales*, n° 201, 2025, à paraître.

opéré par rapprochement avec le mot « songe ». Sur le plan politique, ce rapprochement atteste que le mensonge a à voir avec le récit, la fiction – ces mythologies qui alimentent le roman national. L’amnésie organisée et sa variante judiciaire, l’amnistie, sont des mensonges. Au nom de la concorde ou de l’estime de soi collective, le passé est revisité. Des récits officiels font bon marché de la vérité. L’historiographie du nucléaire militaire a ainsi longtemps été l’apanage de récits officiels, promus par des auteurs salariés des opérateurs des essais (CEA) ou ayant eu un accès négocié à une partie des sources. Écrire l’histoire du nucléaire militaire a été contrarié, sinon empêché, par ce régime d’occultation de ses archives qui, au nom des obligations de la France en matière de non-prolifération, a conduit le code du patrimoine, en 2008, à rendre inconsultable de façon définitive, imprescriptible, la consultation des fonds permettant de documenter les essais nucléaires en Algérie et en Polynésie.

84

Mensonge dans le mensonge, l’occultation pour de fausses raisons (la prolifération) d’archives permettant de documenter la dissimulation des risques puis des retombées implique probablement des niveaux intermédiaires de l’administration de l’État : la loi était instrumentalisée de façon déloyale. C’est ce que révèlent les cartons d’archives relatifs au Centre d’expérimentation du Pacifique, dont l’ouverture était refusée jusqu’à ce qu’une table ronde de 2021 décide de les déclassifier massivement (excepté ceux concernant les essais en Algérie)¹⁶. Les fonds dont l’accès était interdit au titre des risques de prolifération permettent en réalité de documenter les enjeux sanitaires ou sociaux du Centre d’expérimentation du Pacifique, bien loin des secrets relatifs à la conception ou localisation des bombes qui étaient invoqués.

Malgré les déclassifications, qui concernent seulement à ce jour, d’une façon massive et loyale, certaines institutions (les archives militaires, pour une large partie, les archives diplomatiques et nationales), le CEA/DAM continue à se dérober à la promesse présidentielle de réparer le mensonge d’État par la recherche de la véracité historique. Par-delà l’accès aux archives, on ne peut pas escamoter les difficultés permanentes de l’historiographie du nucléaire militaire face à la tentation de cette espèce singulière du mensonge qui est le roman national. Un chercheur qui s’intéresse à des aspects régaliens en général, et touchant à la dissuasion nucléaire en particulier, est ainsi frappé de se voir reprocher non seulement par les autorités, mais parfois par des pairs dont il ne soupçonnerait pas *a priori* qu’ils soient des partisans du

16. Renaud Meltz, « Tristes secrets. Les essais nucléaires en Polynésie française », *LaViedesIdees.fr*, 21 juin 2022.

roman national, d'affaiblir la France dès lors que ses travaux doctoraux reviennent sur la mythologie d'une bombe dont la France se serait dotée dans une splendide solitude¹⁷.

Plus insidieux : à ces travaux de recherche qui visent l'indépendance scientifique sont opposés des ouvrages produits par la communication institutionnelle du CEA, qui organise des contre-récits pour proposer son propre « narratif » et minimiser les mensonges entachant la mise au point de la bombe. De nos jours encore, l'inertie que la DAM oppose au processus de déclassification manifeste son attachement à un récit officiel, au détriment d'une connaissance pluraliste et indépendante des mensonges des décideurs qui ont organisé les essais en Polynésie française¹⁸. Le principe des déclassifications obtenu en 2021 est pourtant un premier pas pour que l'État de droit se répare lui-même et oppose à ses mensonges passés la possibilité pour les citoyens d'accéder à leur histoire. Pour qui ne conçoit pas qu'on puisse fonder la vie politique autrement que sur l'État de droit, c'est honorer sa patrie que de vouloir réparer des faillites démocratiques par leur connaissance plutôt que de les perpétuer collectivement par l'oubli, facilité par la rétention des archives, ou l'ignorance, organisée par un récit fallacieux.

85

17. Manatea Tiarui, « Le Centre d'expérimentation du Pacifique et les essais atmosphériques français dans les relations internationales et transnationales (1962-1975) », thèse d'histoire et civilisations, Maison des sciences de l'homme du Pacifique, en cours depuis 2022.

18. Cf., par exemple, l'ouvrage publié en 2022 par le CEA/DAM et distribué gratuitement (*Les Essais nucléaires en Polynésie française. Pourquoi, comment et avec quelles conséquences ?*).

R É S U M É

La Constitution de la V^e République formule le contrat qui fonde la démocratie libérale sur une exigence de publicité. La publicité est garantie, contre son envers, le secret, justifié, encadré, réglementé. Mais les textes constitutionnels ne disent rien d'un autre péril, qui n'est pas l'opposé de la publicité, mais un poison plus pernicieux : le mensonge d'État. Le nucléaire, particulièrement le nucléaire militaire, apparaît comme un cas d'école du glissement du secret au mensonge, de la dérogation du devoir de publicité à la volonté de tromper le public, au nom de ses spécificités (sa puissance destructrice), de sa complexité scientifique (le profane n'y comprend rien) et sans doute de son histoire : la France s'est dotée de la bombe à l'issue d'un processus clandestin, sous la IV^e République.

LE DROIT (D'EXCEPTION)
ÉCONOMIQUE CONTRE
L'ÉTAT DE DROIT

87

We live in a regime of executive-centered government, in an age after the separation of powers, and the legally constrained executive is now a historical curiosity.

Eric Posner et Adrian Vermeule¹

Si les années 1980 ont été celles de l'État de droit en tant que « référence incontournable, [et comme l']un des attributs substantiels de l'organisation politique, au même titre que la démocratie² », le tournant des années 2000 signale alors peut-être le début d'un reflux. Le succès d'une expression en témoignerait : celle d'état d'exception. La notion, sans doute, est particulièrement équivoque³. Sur un plan juridique néanmoins, il est peu contestable désormais que, depuis le 11 septembre 2001 au moins, les pouvoirs de crise et les législations antiterroristes n'ont eu de cesse d'accélérer la concentration des pouvoirs dans les mains de l'exécutif et de détériorer la sauvegarde des droits fondamentaux⁴. De sorte que, même en l'absence de toute

1. « Nous vivons dans un régime de gouvernement centré sur l'exécutif, à une époque postérieure à la séparation des pouvoirs, et où l'exécutif juridiquement contraint n'est plus qu'une curiosité historique » (*The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, New York (N. Y.), Oxford University Press, 2011, p. 4).

2. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, p. 9.

3. Sur ces équivoques, nous nous permettons de renvoyer à l'introduction de Marie Goupy et Yann Rivière (dir.), *De la dictature à l'état d'exception. Approches historique et philosophique*, Rome, Éditions de l'École française de Rome, 2023, p. 1-18.

4. Stéphanie Hennette Vauchez, *La Démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Paris, Seuil, 2022.

définition claire de l'état d'exception, l'idée qu'il tendrait à devenir la règle, en favorisant un glissement autoritaire continu, s'est peu à peu imposée⁵.

La protection de l'État de droit contre l'état d'exception n'a pas été un vain mot, dans les milieux académiques, juridiques et associatifs. Mais, si constante qu'elle ait été, elle a conservé quelque chose de singulièrement défensif. C'est que, il n'y a pas si longtemps, l'État de droit faisait encore l'objet d'un puissant effort de déconstruction – en tant que masque de rapports économiques, en tant que mythe recouvrant le fonctionnement réel du droit et ses rapports de force, en tant que discours idéologique permettant d'infléchir le droit positif au nom de principes naturalisés conservateurs et peu démocratiques. Les juristes, comme toute une longue tradition de pensée critique, connaissent peu ou prou ces réflexions. Mais tout se passe comme si, à une époque de glaciation politique dangereuse, il n'était plus l'heure de faire de la dentelle pour se protéger du froid. À l'instar du juriste de gauche Otto Kirchheimer qui a participé activement à la déconstruction matérialiste du « fétiche » de l'État de droit dans les années 1920, il peut sembler nécessaire, au bord de l'abîme, de revenir prudemment à sa défense⁶.

Mais la mise en scène de ce qui ressemble toujours un peu plus à un combat de géants, entre État de droit et état d'exception, soutenant un glissement constant vers l'autoritarisme, n'est pas sans peser sur la défense même de l'État de droit. Car, ainsi *repris*, ce dernier tend à se vider de sa substance : c'est qu'il est difficile en effet de défendre comme une réalité perdue – ou que l'on risque de perdre – cela même que l'on n'a cessé de démystifier, à la faveur d'études sur les normes et leur signification réelle dans des contextes économiques, sociaux et culturels donnés. Pis, la défense de « l'État de droit » contre l'état d'exception, lorsqu'elle oublie cette histoire critique, finit par alimenter une petite musique qui n'a eu de cesse de gagner en vigueur depuis le milieu des années 2010 : de quoi parle-t-on exactement lorsqu'on entreprend de défendre l'État de droit contre l'exception permanente – alors que l'état d'urgence *est* légal et que l'on n'a jamais autant produit de réglementation juridique pour faire face aux crises ? Plus radicalement encore, l'État de droit n'est-il pas devenu un mot un peu vide, de telle sorte que même ses défenseurs ne savent plus exactement de quoi ils parlent lorsqu'ils se réclament de son urgente sauvegarde ?

5. Cette idée vient en particulier de Giorgio Agamben, *État d'exception. Homo Sacer, II, 1*, Paris, Seuil, 2003.

6. Sur ce sujet, cf. le bel ouvrage d'Augustin Simard, *Le Droit et son autre. Otto Kirchheimer et la critique de l'État de droit*, Montréal, Presses de l'université de Montréal, 2023.

Dans cet article, nous voudrions nous arrêter sur la théorie de l'exception de deux juristes américains, Eric Posner et Adrian Vermeule, qui, après avoir défendu la « guerre contre la terreur » de l'administration Bush, ont entrepris, à la suite de la crise économique de 2008, de démontrer que l'État de droit, que le libéralisme s'efforce de défendre contre l'exception permanente, n'existe en réalité déjà plus. Qu'il est désormais, précisément, un mot vide, qui ne correspond à aucune réalité précise. Nous montrerons en particulier comment ces auteurs reprennent certains éléments de la théorie de l'état d'exception du juriste allemand Carl Schmitt, moins pour tenter d'attaquer frontalement l'État de droit que pour en dissoudre la réalité dans la logique économique du marché qui s'est définitivement imposée selon eux – non sans retourner l'argumentation schmittienne contre elle-même. Une argumentation qui incite, selon nous, à poser à nouveaux frais la question que l'on tend à repousser aujourd'hui, comme s'il ne s'agissait que d'un détour luxueux face à l'urgence : dans quel contexte économique, ou plus largement matériel, se produit la « grande bataille » de l'état d'exception permanent contre l'État de droit, et comment ce contexte affecte-t-il la signification de ces notions surchargées ?

89

« APRÈS MADISON »

Lorsque Eric Posner et Adrian Vermeule publient *Terror in the Balance* en 2007, l'intention des deux juristes est relativement claire : il s'agit de défendre la soumission (la « déférence ») sans condition de l'ensemble des organes à l'égard de l'exécutif, dans la lutte contre le terrorisme. En situation exceptionnelle, le juge pas plus que le Congrès ne disposent, selon eux, des outils leur permettant d'évaluer la crise ni les moyens employés par l'exécutif⁷. En outre, le besoin d'efficacité et de rapidité exige l'« assouplissement » des droits et des garanties juridiques, en particulier pour les individus impliqués dans les attentats, et ce jusqu'à admettre la possible légalisation de moyens de coercition – jusqu'à la torture – à des fins de renseignement et d'exploitation judiciaire⁸. Le recours aux mesures d'exception semble ainsi ouvrir une brèche sévère dans la protection de l'État de droit⁹.

7. *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, New York (N. Y.), Oxford University Press, 2007.

8. Eric A. Posner et Adrian Vermeule, « Should Coercive Interrogation Be Legal? », document de travail n° 84, Faculté de droit de l'université de Chicago, 2005.

9. Nous ne nous arrêtons pas ici sur les profondes différences entre les notions d'État de droit, de *rule of law*, ou de *Rechtstaat* – auxquelles nous ajouterons celle d'État madisonien. Il s'agit plutôt d'observer comment la stratégie suivie par Posner et Vermeule pour « dissoudre » l'État

90 Au lendemain de la crise économique de 2008 qui donne lieu, aux États-Unis comme en Europe, à l'usage de mesures exceptionnelles pour répondre à l'urgence, les auteurs récidivent et commettent un second ouvrage, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. En première lecture, la thèse semble relativement proche de celle défendue dans *Terror in the Balance*, à l'exception d'une évidente extension : en situation de crise, que ce soit une crise *sécuritaire, économique ou de toute autre nature*, l'exécutif ne saurait voir son action limitée ni contrôlée par les autres organes : la complexité et le changement constant qui accompagnent l'urgence dans un monde globalisé exigent des mesures exceptionnelles que seul l'exécutif est en position de prendre, parce qu'il est seul à avoir accès à l'ensemble de l'information requise. L'extension n'est évidemment pas anecdotique, à une époque où les crises ne cessent de se répéter et surtout de s'étendre à de nouveaux domaines. Néanmoins, et comme l'annonce d'emblée le titre, l'ouvrage va bien plus loin : de crise sécuritaire en crise économique, la gestion de l'urgence a en réalité déjà modifié les équilibres institutionnels ainsi que les modalités de production du droit. De crise en urgence, l'État madisonien américain, qui se fonde sur la séparation des pouvoirs et la Constitution en tant que base d'un système de pouvoir politique stable¹⁰, cet État que l'on pourrait donc qualifier d'État de droit, a été vidé de sa substance.

Nous vivons *déjà* après Madison¹¹, après l'État de droit. Selon Posner et Vermeule, en effet, durant la crise économique de 2008, comme sous toutes les crises – économiques, sécuritaires, climatiques – qui ont précédé, le législateur a donné à l'exécutif un blanc-seing pour gérer la situation, en se gardant bien, à l'instar du juge d'ailleurs, d'effectuer *a posteriori* tout véritable contrôle. Mais, dans leur commentaire de cette crise, les auteurs insistent alors sur deux aspects demeurés inaperçus par la doctrine « libérale »¹².

madisonien au moyen de la théorie de l'exception engage une stratégie plus générale de lutte contre une longue tradition de pensée classique de l'État libéral. Voir cependant, *supra*, Maria Kordeva, « L'État de droit : crise de définitions », p. 7-20.

10. Eric A. Posner et Adrian Vermeule, « Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008 », *University of Chicago Law Review*, vol. 76, n° 4, p. 1642.

11. *The Executive Unbound*, *op. cit.*, p. 16.

12. Nous laissons ici la difficile traduction du terme *liberals*. *The Executive Unbound* évoque à la fois les théoriciens constitutionnalistes libéraux (*liberal constitutional theorists*) et les théoriciens libéraux de la *rule of law*. Parmi les premiers, Posner et Vermeule mentionnent James Madison, Bruce Ackerman, ou le juriste libertarien Richard Epstein ; Albert Dicey et David Dyzenhaus sont les principales figures citées pour les seconds. Ces auteurs sont associés dans une même critique du strict respect du principe de légalité, de la séparation des pouvoirs, de la protection absolue des droits individuels et de la domination du modèle de la loi.

En premier lieu, les transferts de compétences ne se sont pas limités à l'exécutif ; ils se sont également réalisés à la faveur des agences administratives, en particulier vers la Réserve fédérale, qui a agi en concertation avec le département du Trésor, mais de façon relativement autonome. Ces transferts de compétences sont si considérables que les auteurs hésitent à parler de « dictature de la Fed » pendant la crise économique¹³. Cependant, à mieux y regarder, ajoutent-ils, ces transferts ne sont en réalité ni nouveaux ni, surtout, transitoires – comme le laisse malgré tout encore penser, non sans ambiguïté, le vieux terme de dictature. Cette politique de gestion de crise répète, au contraire, une longue histoire de délégations de pouvoir et de recours aux législations d'urgence qui, depuis les guerres mondiales en passant par la guerre froide, mais avant tout depuis la crise économique de 1929 jusqu'à celle des subprimes en 2008, a conduit à démonter de l'intérieur le « légalisme libéral » (*liberal legalism*)¹⁴. Depuis longtemps déjà, affirment Posner et Vermeule, le droit n'est plus *réellement* produit par le législateur, comme il n'est plus systématiquement soumis au contrôle du juge. La tâche de produire la réalité du droit a été *de facto* très largement cédée aux organes administratifs sous contrôle de l'exécutif, tout comme la loi a cédé le pas au droit administratif. Nous ne vivons plus dans l'État madisonien, qui se caractérisait par la séparation des pouvoirs ; il a été remplacé, à la faveur des crises, par un *État administratif sous domination exécutive*.

91

Mais, en second lieu, la gestion des crises économiques a peu à peu modifié les modalités mêmes de production du droit, jusqu'à bouleverser complètement ce que l'on entend même par « droit ». Ainsi, en 2008, « la Fed et le Trésor *n'ont pas* simplement appliqué des normes générales issues des décisions politiques du Congrès. La nature de la crise, y compris son incertitude écrasante (*overwhelming uncertainty*), a forcé ces deux agences à adopter une approche *ad hoc*¹⁵ ». Que la « nature des crises » ait imposé une certaine « approche » normative ne signifie pas seulement que le droit a été contraint de répondre à l'exigence des faits – ou à la nécessité, selon une vieille tradition juridique. C'est bien le caractère *économique* de la crise qui a imposé, selon eux, la création d'un droit *ad hoc*, en forçant le droit à se voir continuellement réévalué pour tenir compte de la réaction des marchés. Le modèle théorique d'une telle procédure de création du droit ne fait guère de mystère : dans les pas de son père, le célèbre juge Richard

13. *Ibid.*, p. 58.

14. *Ibid.*, p. 34.

15. *Ibid.*, p. 38.

92 Posner, Eric Posner est l'un des grands théoriciens de l'analyse économique du droit¹⁶, qui entreprend de soumettre l'interprétation comme la création du droit à la *trade-off theory*, à l'analyse coût-bénéfice. Mais l'argumentation de *The Executive Unbound* est bien plus corrosive que la simple application d'une théorie largement contestée à l'interprétation des crises économiques : d'après l'ouvrage, les crises économiques qui se sont succédé depuis le *New Deal* jusqu'à 2008 ont en réalité *déjà* imposé ce mode de production du droit *ad hoc*, qui doit constamment épouser les marchés pour en assurer la relative stabilité. De telle sorte que, si la réalité des mesures économiques est désormais produite par les agences administratives sous contrôle exécutif, et non par le Congrès, leur nature est bien déterminée par la logique du marché. Plus encore, ce modèle de production qui soumet le droit à une rationalité économique est parfaitement adapté pour affronter la complexité et surtout les changements permanents du monde – ou son incertitude. Ainsi les crises économiques d'abord, les autres crises ensuite, ont-elles, selon les deux juristes, servi de tremplin pour le transfert d'un certain modèle directement issu de la théorie économique – celui de l'analyse coût-bénéfice – vers l'ensemble du droit, étant admis qu'un tel droit souple et fondé sur un simple calcul d'efficacité concrète, continuellement réévalué en fonction des données fournies par les agences, est plus adapté pour affronter l'urgence permanente qui est désormais la nôtre.

Posner et Vermeule donnent un nom bien paradoxal et polémique à ce droit administratif d'urgence : « Le droit administratif américain est tout simplement schmittien¹⁷. » Il est « schmittien » car il exige de laisser des marges de manœuvre immenses à l'exécutif, et surtout à son administration. Des marges d'action que les juristes qualifient de « trous noirs légaux » ou de « zones grises » (*black and grey holes*), qui sont autant d'espaces de création et d'interprétation normatives laissés *volontairement* à la discrétion de l'exécutif et de ses organes administratifs, que ce soit par une loi (d'exception) explicite, ou parce que le Congrès, comme le juge, se garde bien de contrôler l'action exécutive¹⁸. De façon notable, bien des juristes libéraux s'accordent à reconnaître, pour la dénoncer, l'existence de

16. Adrian Vermeule n'a jamais véritablement développé une telle approche du droit, et, à la suite de sa conversion au catholicisme, qui l'a conduit à défendre la thèse d'un très radical « intégralisme catholique », il semble même s'être complètement retourné contre toute approche « libérale » du droit, que ce soit sur un plan économique ou politique.

17. *Ibid.*, p. 90.

18. Adrian Vermeule, « Our Schmittian Administrative Law », *Harvard Law Review*, vol. 122, n° 4, 2009, p. 1096.

black et de *grey holes*, en particulier après le 11 Septembre et la création du camp de Guantánamo¹⁹. Pour certains auteurs, qui connaissent bien l'histoire des échanges théoriques qui se sont noués depuis l'entre-deux-guerres entre les États-Unis et l'Europe, la création de ces trous noirs ou gris est même interprétée comme un dangereux « retour » de la théorie de l'exception de Carl Schmitt, dont les relents autoritaires sont peu contestables²⁰. Mais, pour Posner et Vermeule, l'histoire des pouvoirs de crise économiques permet justement de montrer qu'un tel processus d'intégration de zones d'exception dans le droit... n'a en réalité rien de particulièrement nouveau, ni d'exceptionnel, si l'on entend par là une sortie provisoire du droit ordinaire²¹. L'exception qui s'est introduite dans le droit administratif est permanente, et elle permet à l'exécutif de rectifier le droit *ad hoc* au moyen du calcul coût-bénéfice. Et c'est en ce sens qu'il s'agit bien, pour Posner et Vermeule, d'un *droit d'exception permanent*, un *droit administratif schmittien*.

93

DISSOUDRE L'ÉTAT DE DROIT PLUTÔT QUE LE DÉTRUIRE

Quelle est la signification d'un tel droit d'exception permanent produit par les agences administratives sous contrôle exécutif ? D'abord que la réalité du droit n'est plus produite par le législateur ; elle est produite, à chaud, par les agences et sous contrôle exécutif avec le consentement – par délégation de compétence, ou par absence de contrôle de *facto* – des autres organes. En d'autres termes, la séparation des pouvoirs vole en éclats.

Mais ensuite, un tel droit d'exception implique le remplacement du vieux modèle de la loi, dont la structure temporelle n'est plus adaptée aux rythmes du monde qui est le nôtre et dont le principal trait réside dans l'accélération ou l'urgence permanente notamment provoquée par la globalisation économique²². Et c'est précisément cette inévitable transformation du droit dont Schmitt aurait pris acte très tôt²³.

19. Cf., par exemple, Johan Steyn, « Guantanamo Bay: The Legal Black Hole », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n° 1, 2004, p. 1-15 ; David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

20. David Dyzenhaus, « Schmitt v. Dicey: Are State of Emergency Inside or Outside the Legal Order? », *Cardozo Law Review*, vol. 27, n° 5, 2006, p. 2015.

21. *The Executive Unbound, op. cit.*, p. 32.

22. Adrian Vermeule, « Our Schmittian Administrative Law », art. cité, p. 1101.

23. Toutes les analyses de Posner et Vermeule concernant Schmitt sont directement tirées des écrits de William Scheuerman, en particulier de l'ouvrage qui propose précisément une

Ainsi, non seulement le vieil État madisonien américain qui se définit par la séparation des pouvoirs a été disloqué de l'intérieur sous l'impact des guerres et des crises. Mais, plus largement, ce que les juristes décrivent, c'est l'inévitable fin du *modèle libéral de la loi* en tant que règle générale, stable, publique et claire, et son remplacement par la règle administrative, qui s'amorce dès l'entre-deux-guerres sous l'effet de l'accélération générale produite notamment par les transformations de l'économie capitaliste, et ce, dans tous les États de droit. Plus radicalement encore, c'est la soumission du droit administratif à la logique du calcul coût-bénéfice à la suite des politiques de résolution des crises économiques – et Posner et Vermeule semblent considérer ici que la crise des années 1970 puis celle de 2008 constituent des tournants – qui a conduit au développement d'un droit administratif d'*exception*, c'est-à-dire à l'essor d'une *réglementation souple, particulière, opaque et technique, capable d'épouser l'incertitude du monde* par la mise en œuvre d'une logique purement économique²⁴.

Par cette thèse, dont la radicalité exige d'être bien mesurée, Posner et Vermeule font deux gestes centraux. En premier lieu, les deux juristes *dissolvent* l'État madisonien (et l'État de droit), plutôt qu'ils ne cherchent à l'attaquer frontalement. La théorie de l'état d'exception de Carl Schmitt constituait, dans les années 1920 et 1930, une arme pour combattre l'État de droit (*Rechtsstaat*) en exposant ses faiblesses et en le faisant éclater sous ses contradictions dans l'optique d'imposer une conception très autoritaire, et en réalité fasciste, de l'État. Mais Posner et Vermeule ne récupèrent apparemment sa théorie de l'exception que pour mettre en scène le modèle inadapté de la loi face à l'urgence permanente du monde, dans un objectif que l'on pourrait qualifier *a contrario* de « néo-libéral » – sous réserve d'entendre par là moins l'abandon de toute régulation économique par l'État qu'une soumission complète de l'État et de sa réglementation à la logique du marché. Ce dont ils déduisent le caractère complètement anachronique, et en réalité *déjà* dépassé, du vieux droit libéral²⁵, comme de l'État madisonien qui s'est en réalité transformé silencieusement sans même que les juristes libéraux s'en aperçoivent. En d'autres termes, avec Posner et Vermeule, l'État madisonien (et l'État de droit) est moins combattu ou critiqué pour son impuissance, ses faiblesses, qu'il n'est reconduit dans le placard de l'histoire.

traduction de l'article de Carl Schmitt datant de 1950 sous le titre « The Motorized Legislator » – Hartmut Rosa et William E. Scheuerman (dir.), *High-Speed Society, Social Acceleration, Power and Modernity*, Philadelphie (Pa.), Pennsylvania State University Press, 2009, p. 65-73.

24. William E. Scheuerman, « The Economic State of Emergency », *Cardozo Law Review*, vol. 21, n° 1, 2000, p. 1874.

25. *The Executive Unbound*, *op.cit.*, p. 90.

En second lieu cependant, les deux juristes « jouent avec l'histoire » d'une façon particulièrement provocatrice – et dangereuse. Car, après avoir joyeusement enterré l'État madisonien, ils jettent la dernière pelletée de terre en dénonçant le caractère *fantomatique* de la peur de la dictature chez les juristes libéraux, lorsqu'ils observent eux-mêmes avec inquiétude l'évolution du droit sous l'impact des mesures d'urgence²⁶. Plus exactement, pour Posner et Vermeule, c'est justement parce que les juristes libéraux et les « défenseurs des libertés civiles » (*civil libertarians*) sont obsédés par la peur de la dictature, une peur qui s'est développée en particulier « à l'ombre de Weimar, où l'échec constitutionnel a abouti à la dictature de l'exécutif²⁷ », qu'ils peinent à observer les évolutions réelles du droit, comme à voir que l'État madisonien n'existe déjà plus. En somme, non seulement l'État madisonien – comme l'État libéral classique – est déjà mort, mais la mise en garde des juristes libéraux contre le risque de dictature, ou de virage autoritaire, sous l'effet d'un usage répété des pouvoirs de crise, est renvoyé au statut de fantôme, issu d'un rapport mal digéré à l'histoire. Ce que l'on pourrait résumer ainsi : il n'y a plus à craindre la fin de l'État de droit, puisqu'il n'existe déjà plus ; et la dictature n'est pas là pour autant, puisque l'État administratif sous domination exécutive est lié par sa logique économique. En fantasmant contre le risque de dictature, en continuant inlassablement à opposer état d'exception et État de droit, les libéraux se battent avec des spectres, à commencer par ceux de Weimar et de Schmitt.

95

Mais, en parallèle, non sans un goût certain pour la polémique et la provocation, Posner et Vermeule convoquent eux-mêmes le sulfureux juriste allemand, pour qualifier leur *droit administratif schmittien*. Si Schmitt est donc, chez les libéraux, un spectre qui les aveugle lorsqu'il s'agit d'interpréter le présent, dans leurs analyses mêmes il est aussi le nom attribué au droit administratif d'urgence permanent, un nom qui assume la provocation et frôle, oserait-on dire, le mauvais goût. Plus exactement, la référence schmittienne trahit, ici, une ambiguïté profonde, qui éclaire peut-être d'un jour assez cru l'ambivalence même de la pensée de l'exception de Posner et Vermeule.

D'un côté, en effet, si le droit administratif peut être qualifié de schmittien pour Posner et Vermeule, c'est parce qu'il signifie la fin inévitable de la loi sous l'effet de l'intégration de « l'exception » au cœur du droit administratif, qui s'est soumis à la logique économique du calcul

26. *The Executive Unbound* vise en particulier Bruce Ackerman, ou encore David Dyzenhaus.

27. *Terror in the Balance*, *op.cit.*, p. 53.

coût-bénéfice au cas par cas. Et, en l'occurrence, la référence à Schmitt relève presque du jeu : d'après Posner et Vermeule, les auteurs libéraux ont peur des *mots* comme ils craignent les *fantômes*, et c'est pourquoi ils refusent de voir le droit d'exception permanent qui s'est imposé : il leur semble renvoyer aux pires moments de l'histoire – Schmitt, Weimar, la dictature nazie. *A contrario*, c'est justement parce qu'ils sont à la fois réalistes et pragmatiques, et qu'ils n'ont peur ni des spectres, ni des mots, qu'ils peuvent nommer le droit économique qui s'est imposé de « droit administratif schmittien ».

96

Néanmoins, de l'autre côté, les juristes opèrent une véritable brouille conceptuelle. Car, pour Schmitt, la « fin du règne de la loi » ne doit en aucun cas signifier sa soumission à la logique de l'économie (néolibérale) ; Schmitt construit toute sa théorie de l'exception *contre* la possible soumission du droit, *a fortiori* du politique à l'économie. La théorie de l'exception schmittienne est autoritaire, sinon fasciste : elle vise à maintenir la supériorité de la décision politique, à réaffirmer le principe d'un État fort – contre tout projet de limitation de sa puissance, que ce soit par le droit *ou par l'économie*²⁸. Or, de ce point de vue, parler de droit schmittien semble bien plutôt rappeler que le droit est, en dernière instance, *soumis à la discrétion de l'exécutif*. Que si les agences administratives le produisent de façon *ad hoc*, en appliquant les méthodes du calcul coût-bénéfice, elles demeurent en dernière instance sous le contrôle de l'exécutif.

En d'autres termes, Posner et Vermeule ne se contentent pas de « dissoudre » l'État de droit, pour en faire un mot vide et anachronique qui ne correspond plus à aucune réalité juridique précise actuelle ; ils font aussi de l'État administratif sous domination exécutive, supposé l'avoir remplacé, un mot et une réalité particulièrement ambigus : un État qui oscille entre un versant autoritaire, qui soumet le droit – *via* l'exception – au seul pouvoir de l'exécutif, et un versant dont la logique économique soumet le droit aux transformations permanentes du marché. Il ne convient pas de saisir cette eau conceptuelle trouble comme une limite théorique, et encore moins comme une erreur : de même que le concept d'État de droit s'est peu à peu dissous dans toute leur argumentation, on voit les autres concepts juridiques supposés les remplacer se brouiller peu à peu, au profit d'une sorte de relativisme techniciste particulièrement corrosif.

28. Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à « De l'autorité à l'autoritarisme : de l'analyse des risques qui pèsent sur les États libéraux à l'ombre de Carl Schmitt – et à la lumière de Hermann Heller », *Transversalité*, n° 170, 2024, p. 75-85.

C'est peut-être cela que signifie, dans cette tradition théorique représentative d'un courant qu'il convient de prendre très au sérieux, la « fin de l'État de droit ».

*

La théorie de l'exception d'Eric Posner et Adrian Vermeule n'a guère fait l'objet d'une véritable réception en France, ni, à notre connaissance, sur le continent européen : leurs thèses, à la fois très imprégnées par l'analyse économique du droit et très provocatrices dans leur contenu comme dans leur forme, semblent difficilement audibles. On peut néanmoins certainement tirer quelques fructueuses conclusions de leur étude, en ce qui concerne les « attaques » portées aujourd'hui contre l'État de droit. La théorie de l'exception qu'ils développent dans le sillage du 11 septembre 2001, puis dans celui de la crise économique de 2008, traduit une stratégie juridico-politique qui, en dépit de sa rhétorique, n'a rien de marginale : celle qui consiste à faire des crises et des urgences, en particulier économiques, la clé d'une transformation profonde des modalités de production du droit ; et un moyen, pour Posner, de soumettre le droit à une certaine logique économique particulièrement radicale. Le développement même d'une telle stratégie théorique et politique exige d'observer d'abord que certains courants de pensée que l'on qualifierait sans doute de « néo-libéraux » – au sens à nouveau où ils soumettent tout l'ordre juridico-politique au modèle théorique du libre marché – sont tout à fait prêts à *se passer de l'État de droit, comme du modèle libéral de la loi*. Ce dernier peut, dans une théorie économique du droit d'exception aussi élaborée que celle de Posner et Vermeule, se trouver jeté aux oubliettes de l'histoire. Ce qui invite alors à mettre en perspective le rôle qu'a joué *a contrario* le concept d'État de droit dans d'autres contextes historiques, où le capitalisme avait, selon bien des auteurs, à commencer par Weber mais aussi Kirchheimer, besoin de la stabilité de la loi.

97

Mais ensuite, c'est la stratégie retenue par Posner et Vermeule qui invite à la réflexion. Car, dans *The Executive Unbound*, l'État de droit se voit moins directement attaqué, au nom de principes substantiels illibéraux ou autoritaires, qu'il ne fait l'objet d'une stratégie de « dissolution » et de brouille conceptuelle : dissolution de l'État de droit, constitué en mot vide, ne correspondant à aucune réalité juridique, ou comme résidu du passé ; brouille conceptuelle quant à la signification même de la forme étatique qui l'a remplacé, dont on ne parvient plus à savoir s'il est un État sous domination exécutive à tendance autoritaire, ou un État soumis à la logique économique du marché.

En tout état de cause, il est parfaitement clair, pour qui se penche sur la pensée de l'exception de Posner et Vermeule, qu'aucune défense de l'État de droit ne saurait se déployer solidement sans prendre en compte la question du contexte économique, des conditions matérielles, dans lesquelles elle se produit actuellement. Or c'est précisément ce que la mise en scène d'un grand conflit entre état d'exception permanent et État de droit a complètement laissé de côté.

R É S U M É

Cet article se propose de s'arrêter sur la théorie de l'exception développée par deux juristes américains, Eric Posner et Adrian Vermeule, après le 11 septembre 2001, puis après la crise économique de 2008. À travers la pensée de ces deux auteurs, il s'agit d'exposer une stratégie théorique et politique qui consiste à faire des crises et des situations d'exception, en particulier économiques, la clé d'une transformation profonde de l'État libéral (américain) et, plus spécifiquement, un moyen de soumettre le droit à une logique économique, structurée autour du modèle du marché. Une stratégie qui prend appui sur certains éléments de la théorie de l'état d'exception du juriste allemand Carl Schmitt, moins pour tenter d'attaquer frontalement l'État de droit que pour en faire une réalité dépassée, sinon même un « mot vide », complètement anachronique.

LA HAINE DU DROIT

Dans son acception anthropologique, le droit désigne un ensemble de croyances fondatrices de sens, créatrices de liens et, partant, contraignantes pour les individus. En d'autres termes, c'est une « dogmatique [autant qu'une] technique de l'Interdit, qui interpose dans les rapports de chacun à autrui et au monde un sens commun qui le dépasse et l'oblige¹ ». Aussi haïr le droit relève-t-il à la fois de l'aberration théorique et de l'utopie idéale. Refuser de considérer la règle de droit comme fondement tangible de tout lien social revient à dénier à chacun le « droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique » (art. 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), soit son aptitude à être un sujet de droit. C'est pour Hannah Arendt « tuer en l'Homme la personne juridique² », le premier pas vers la domination absolue, violente, sans retenue, bref la barbarie. Ceux qui, en ce mitan des années 2020, rejettent le droit ne le font effectivement jamais au nom d'un droit plus juste, plus protecteur, plus égalitaire. Au contraire, les réactionnaires condamnent son omniprésence et déplorent les limites qu'il assigne à leur marge d'action. De leur point de vue, « l'État de droit, ça n'est pas intangible, ni sacré³ ». Les libertés fondamentales, la hiérarchie des normes, ou encore l'égalité des sujets de droit, sont vécues comme autant d'entraves à leur liberté. Quant au droit, il est désigné responsable de la crise de civilisation qui affecterait la société. Aussi limiter la puissance des magistrats, l'influence de la Défenseure des droits et, plus largement, les prérogatives de l'institution judiciaire est-il perçu comme une nécessité vitale. « Le problème de la police [n'est-il pas] la justice⁴ » ?

99

1. Alain Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.

2. *Les Origines du totalitarisme* (1951), t. 3, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1995, p. 187.

3. Propos tenu par Bruno Retailleau, ministre de l'Intérieur (entretien au *Journal du dimanche*, 30 septembre 2024).

4. D'après Fabien Vanhemelryck, secrétaire général du syndicat Alliance, lors d'un rassemblement de policiers devant l'Assemblée nationale, le 19 mai 2021.

Rien d'étonnant dès lors qu'ils considèrent comme seules règles acceptables, légitimes, celles qui fondent un droit répressif, inégalitaire, classant et traitant les individus en fonction de leurs appartenances sociales, culturelles, de genre. La résurgence expressive, au sein du champ politique, de cette nouvelle haine du droit ne constitue pas une particularité de nos sociétés contemporaines. Elle est la locution subjective d'une histoire longue qui s'ouvre avec la Révolution française.

Les doctrines et pratiques discursives qui promeuvent la haine du droit sont, en effet, historiquement situées. Elles se structurent en tant que courant de pensée à compter de 1790. Si ses principaux théoriciens – Edmund Burke (1729-1797), Louis de Bonald (1754-1840), ou encore Joseph de Maistre (1753-1821) – ne forment pas à proprement parler de groupe politique unifié autour d'un projet commun, tous partagent néanmoins un corps de doctrine minimal qui se résume à la condamnation de la Révolution et au rejet des principes qui la portent, notamment l'égalité et l'universalité des droits. C'est parce que le processus révolutionnaire marque « l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice⁵ », qu'il constitue une ignominie pour ceux qui demeurent attachés à une vision providentialiste – sous ses formes divine et biologique – de la société et, par là même, du droit. En tant qu'expression objectivée de cette construction métaphysique, le droit a pour fin de déterminer les règles de conduite jugées conformes à la doctrine providentialiste chrétienne.

La haine du droit est donc indissociable de l'idéologie réactionnaire qui la porte. Elle perpétue les préjugés essentialistes d'Ancien Régime et contribue à justifier un ordre inégalitaire et particulariste. Elle influence jusqu'à la conception contre-révolutionnaire du droit, entrevue uniquement à travers sa fin : le maintien de l'ordre. En ce sens, il s'apparente à une idéologie au sens primaire du terme, c'est-à-dire un discours de légitimation dont la puissance découle de sa seule force contraignante, qui autorise à sanctionner tout comportement jugé déviant. Aussi les règles de droit devraient-elles se résumer à imposer des conduites conformes aux représentations des élites dominantes d'Ancien Régime. La rupture révolutionnaire, le droit moderne, se voient ainsi écartés au profit d'une vision passéiste que continuent de porter les idéologues réactionnaires.

En ce sens, la haine du droit constitue dès l'abord une mise à l'épreuve de l'État de droit. Elle fragilise le contrat social – garant des droits et libertés fondamentaux – en le récusant. Rejetant le droit moderne et

5. Jules Michelet, *Histoire de la Révolution française*, Paris, Chamerot, 1847-1853, t. 1, p. xxiii.

réclamant davantage de contrainte et d'arbitraire en raison de son prétendu laxisme, elle déstabilise, aujourd'hui encore, la République et la démocratie. Comment expliquer la résurgence actuelle de la doxa réactionnaire autour du droit ? Un retour sur les conditions historiques de son émergence permettra de saisir l'efficace d'une idéologie haineuse qui, depuis plus de deux siècles, « nous [plonge] dans le relativisme de l'abîme et de l'absurde⁶ ».

L'INÉGALITÉ COMME ONTOLOGIE DU DROIT

La Révolution marque une rupture fondamentale dans l'histoire du droit français. Il n'y a pas jusqu'au père fondateur du matérialisme historique, Karl Marx, qui ne le reconnaisse. Ainsi, dans ses écrits épistolaires, le codirecteur des *Annales franco-allemandes* admet de conserve avec son ami Arnold Ruge, figure de l'hégélianisme de gauche, la portée du mouvement révolutionnaire de 1789. Comme le souligne le philosophe, au cours de cet événement deux mondes, deux imaginaires s'affrontent : l'un porté par « les désirs du roi, nostalgique d'un grand passé plein de prêtres, de chevaliers et de serfs, [l'autre mû par] les desseins des idéalistes, qui souhaitent la république et un ordre de l'humanité libre, au lieu de l'ordre des choses mortes⁷ ». C'est précisément ce rêve d'égalité et de liberté que conspuent les idéologues contre-révolutionnaires au nom d'un idéal passéiste et inégalitaire. Enfermés dans une vision eschatologique du monde, ils se refusent à en reconnaître d'autres possibles. Pour le justifier, ils investissent le discours contractualiste et dégagent les « lois sociales naturelles » – c'est-à-dire conformes à la loi divine –, fondement du droit contre-révolutionnaire. En s'appropriant ainsi les schèmes de pensée issus de la philosophie des Lumières pour légitimer leur conception essentialiste de la société et, partant, du droit, ils aspirent à restaurer le primat de Dieu sur la Raison. Aussi les règles de conduite édictées par le droit doivent-elles être conformes aux « lois générales du monde moral [...] auxquelles la société obéit⁸ » nécessairement.

Afin de les définir, les idéologues contre-révolutionnaires s'attachent à déterminer les « principes constitutifs de la société ». Selon eux, « le

6. Daniel Roche, *Leçon inaugurale*, Paris, Éditions du Collège de France, 2000, p. 12.

7. « Une correspondance de 1843 : Karl Marx à Arnold Ruge », in Karl Marx, *Philosophie*, Paris, Gallimard, 1994, p. 40.

8. Louis de Bonald, *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social*, Paris, Le Clère, 1800, p. 5-7.

genre humain a commencé par une famille⁹ ». Si ses membres – père, mère, enfants – sont naturellement égaux en humanité, ils se distinguent néanmoins par leurs fonctions. Le père, figure emblématique de la famille, autorité domestique qui commande, ne dispose pas pour autant d'un pouvoir absolu. Incarnation du monarque dans la sphère privée, ses prérogatives sont moralement encadrées. À l'image du souverain, le *pater familias* est soumis à une obligation de protection à l'égard de ses inférieurs. Il est, en sus, le garant de l'ordre familial. Si cette position au sein du cycle fonctionnel domestique est contraignante pour le maître central, elle l'est également pour ses obligés, en l'espèce la mère et les enfants qui se voient soumis à son autorité. Les fonctions sociales de la mère, essentiellement reproductrices et domestiques, justifient sa mise sous tutelle : « pour pouvoir remplir la double fonction d'obéir et de commander, de recevoir et de transmettre, [la mère] doit être homogène à l'un et à l'autre. Aussi, si elle participe de l'homme par la raison, elle participe de l'enfant, comme l'ont observé les physiologistes, par la délicatesse de ses organes, l'irritabilité de ses nerfs, la mobilité de son humeur, et l'on pourrait l'appeler homme-enfant¹⁰ ». L'infériorité naturelle de l'épouse est aussi astreignante pour le mari, soumis donc à un devoir de protection à son égard. Le divorce, crime de lèse-religion, lui est ainsi strictement interdit. En contrepartie, l'épouse est contrainte à l'obéissance prompte et absolue. Elle se rapproche, de ce point de vue, du statut juridique de l'enfant, placé, lui aussi, sous la seule autorité paternelle : « Dans le père est le pouvoir, c'est-à-dire la volonté et l'action de produire et de conserver, ou de développer l'intelligence de l'enfant¹¹. » Une et trine à l'image de la divinité, la famille ne saurait être remise en cause dans son organisation par des intérêts particuliers, en somme les droits individuels de la mère et de l'enfant, sans fragiliser l'ensemble de l'édifice social. Comme sous l'Ancien Régime, la fonction détermine la hiérarchisation sociale pour justifier les inégalités en droit. Comme se plaisait déjà à l'affirmer le légiste Charles Loyseau, au xvii^e siècle : « Nous ne pourrions pas vivre en égalité de condition, ainsi il faut par nécessité que les uns commandent et que les autres obéissent¹². » Rien n'aurait donc vraiment changé. Simple crise politique, la Révolution française ne serait qu'un accélérateur de la « régénération » religieuse en cours. Elle n'aurait que momentanément contrarié l'ordre immuable,

9. Louis de Bonald, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société, suivie de Médiations politiques tirées de l'Évangile*, Paris, Le Clère, 1830, p. 91.

10. *Ibid.*, p. 104.

11. *Ibid.*, p. 93.

12. *Traité des ordres et simples dignités*, Paris, Abel l'Angelier, 1683, p. 1.

historique des choses. « On est dans le monde comme on le voit », écrit Hegel¹³. Et aux contre-révolutionnaires de fonder leur lecture de la Révolution de 1789 sur leurs propres attendus idéologiques : la monarchie théocratique, le *pactum subjectionis*, autrement dit l'obligation d'obéissance, plutôt que l'individualisme égalitaire et le libre consentement à l'autorité.

C'est en vertu de ladite conception organiciste de la famille que les règles de dévolution et d'exercice du pouvoir sont définies par les contre-révolutionnaires. Pour le dire autrement, l'ordre juridique est organisé, non pas en référence à une hiérarchie des normes, mais en fonction d'un absolu métaphysique et d'une construction sociohistorique : la famille patriarcale. La doxa contre-révolutionnaire qui structure l'idéologie réactionnaire contemporaine ne souffre d'aucune ambiguïté : « Toute société est composée de trois personnes distinctes l'une de l'autre, qu'on peut appeler *personnes sociales*, POUVOIR, MINISTRE, SUJET, qui reçoivent différents noms des divers états de société ; père, mère, enfants, dans la société domestique ; Dieu, prêtres, fidèles, dans la société religieuse ; rois ou chefs suprêmes, nobles ou fonctionnaires publics, féaux ou peuple dans la société politique¹⁴. » La constitution est alors envisagée comme la réduplication dans l'ordre juridique de l'être social par excellence, la famille. Elle est l'expression d'un mode de vie, d'une tradition. Elle est immuable et sacrée. Quant à la légitimité du *princeps*, elle découle de l'organisation pyramidale de la société et non pas d'une juxtaposition d'individualités censées incarner l'autorité souveraine : « Aucune constitution ne résulte d'une délibération ; les droits des peuples ne sont jamais écrits, ou du moins les actes constitutifs ou les lois fondamentales écrites ne sont jamais que des titres déclaratoires de droits antérieurs, dont on ne peut dire autre chose sinon qu'ils existent parce qu'ils existent. Les droits du peuple proprement dit partent assez souvent de la concession des souverains, et dans ce cas il peut en constituer historiquement ; mais les droits du souverain et de l'aristocratie, du moins les droits essentiels, constitutifs et radicaux [...], n'ont ni date, ni auteurs. Les concessions mêmes du souverain ont toujours été précédées par un état de choses qui les nécessitait et ne dépendait pas de lui¹⁵ »... mais de Dieu ! L'organisation des pouvoirs se voit ainsi légitimée par les lois divines. En pareil cas, la constitution s'apparente à une théodicée, une justification religieuse des privilèges royaux et nobiliaires. Elle légitime l'ordre établi, c'est-à-dire la hiérarchie des pouvoirs, en naturalisant les inégalités sociales.

13. *La Raison dans l'histoire* (1837), Paris, Pocket, 2012, p. 51.

14. Louis de Bonald, *Essai analytique...*, *op. cit.*, p. 1.

15. Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, 2^e éd., Londres, s. é., 1797, p. 93-94.

Rien d'étonnant, dès lors, à ce que les réactionnaires fassent dépendre les droits des individus des positions sociales qu'ils occupent. De leur point de vue, l'égalité en droit est une grave atteinte à la hiérarchie trifonctionnelle des pouvoirs voulue par Dieu, décrit comme « puissance d'obligation » du souverain, « chef suprême » sur terre. Source de toute justice, le roi est chargé de traduire, sous forme de règles de droit, un ordre social et politique conforme aux impératifs divins. À cette fin, le droit – expression objectivée de la pyramide des obligations sociopolitiques – est organisé en deux branches principales : « dogmatique » et « disciplinaire ». La première est chargée de fixer l'organisation générale du pouvoir. Quant à la seconde, elle a pour unique fonction de rappeler les sujets à leurs devoirs par la contrainte. Tout manquement à la loi doit être impérativement et sévèrement sanctionné. *Exit*, donc, le principe

104 de proportionnalité des délits et des peines, cher à Cesare Beccaria, et immortalisé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'extrême rigueur est une nécessité pour qui prétend diriger les conduites des sujets par le droit, à des fins de stabilité sociale. Expression d'un mode de vie, adhésion à des valeurs, le droit est la condition de la paix civile. D'essence divine, il est incontestable. C'est pourquoi, malgré les assertions des révolutionnaires français, le « droit disciplinaire » ne peut résulter d'une convention fondée en raison, autrement dit résultant d'une délibération consensuelle entre les parties. En tant que régulateur des relations sociales, le « droit disciplinaire » n'est que l'objectivation du « rapport de la force à la faiblesse¹⁶ ». La société étant hiérarchisée en fonction de l'utilité sociale des sujets, l'égalité des droits et des devoirs est une gageure, qui n'a de cesse de déstabiliser l'ordre social : « Des lois ou rapports nécessaires sont des rapports ou des lois fixes, immuables, fondamentales [...], qui assurent leur existence dans l'état le plus conforme à leur nature, [c'est-à-dire] la nature des êtres sociaux [ou] volonté générale¹⁷. » Le recours à un droit essentiellement répressif est pensé comme une nécessité pour la paix sociale par les idéologues contre-révolutionnaires. La Révolution, en défaisant « l'ascendant de l'autorité » – ce « ciment qui unissait tous les hommes [a détruit toutes formes] d'agréations morales » –, a fragilisé l'ensemble de l'édifice social : « il n'y a plus de maître, l'esprit de chaque homme est à lui »¹⁸.

16. Louis de Bonald, *Législation primitive considérée dans les derniers temps par les seules lumières de la raison, suivie de plusieurs traités et discours politiques*, Paris, Le Clère, 1802, p. 311.

17. Louis de Bonald, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile démontrée par le raisonnement et par l'histoire*, t. 1, Paris, Le Clère, 1813, p. 43.

18. Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, *op. cit.*, p. 89.

La perversion morale qui en résulte justifie le recours à la contrainte la plus sèche. L'ontologie du droit se confond avec celle des rapports sociaux, inégaux par nécessité et par nature. La haine du droit moderne n'en est que l'expression subjective. Depuis plus de deux siècles, avec la condamnation des droits de l'homme, elle est un des marqueurs identitaires fondamentaux de l'idéologie réactionnaire.

L'EXPRESSION D'UNE HYSTÉRÉSIS

La haine du droit moderne est l'expression d'un déclassé, celui de contre-révolutionnaires qui, dès 1789, éprouvent le sentiment d'être exclus de la marche même de l'histoire. Cette impression de dépassement qui hante la noblesse a été magnifiquement décrite à la fin du ^{xx}e siècle par l'historien Timoty Tackett, dans son célèbre ouvrage *Par la volonté du peuple. Comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*. Si les disparités de fortune entre les deux derniers ordres sont considérables et supportent l'arrogance triomphante, c'est-à-dire subjective, de la noblesse, cette dernière est dans les faits, dès l'ouverture des états généraux, manifestement méprisée par les élites bourgeoises assurées de leur domination intellectuelle. Or c'est précisément le décalage entre le sentiment de supériorité de l'ancienne élite et la réalité objective issue de la Révolution les reléguant dans une position sociale inférieure qui alimente le ressentiment du second ordre. Celui-ci prend la forme d'un rejet viscéral des droits de l'homme, vécus comme une négation de leur être social. Considérés à la fois comme « ennemis de l'intérieur », « étrangers à la nation », voire comme de véritables « parasites sociaux » en raison de leurs écarts passés, les idéologues réactionnaires rejettent un monde qui se refuse à les reconnaître pour ce qu'ils pensent encore être et, par là même, ils s'enferment dans un passé qui prend une couleur d'éternité. Privés d'existence sociale, les contre-révolutionnaires vivent leurs critiques des droits de l'homme comme le moyen de contenter leurs intérêts expressifs immédiats tout en justifiant leur domination politique à venir. C'est cette phylogenèse du second ordre, l'histoire longue du groupe, qui continue d'œuvrer aux temps présents pour alimenter une forme particulièrement pernicieuse de haine des droits de l'homme qui s'ignore et n'est jamais décrite comme telle. Ainsi se pare-t-elle des apparences du progrès et du bon sens pour légitimer la remise en cause des droits et libertés fondamentaux. De ce point de vue, l'ambiguïté du néologisme « droit-de-l'hommisme » est hautement révélatrice. S'il est certes, à l'origine, inventé par le publiciste Alain Pellet pour décrire « l'état d'esprit des militants

des droits de l'homme¹⁹ », il est, à partir de 1997, usité de façon récurrente par une figure historique de l'extrême droite française. Depuis, il est connoté péjorativement. Aujourd'hui, l'idéologie anti-droit-de-l'homme est assez largement répandue, y compris dans le champ intellectuel, et ne se cantonne plus seulement aux forces antidémocratiques, essentialistes et xénophobes. L'érosion des droits, en somme la cohabitation au sein d'un espace commun de personnes ayant un accès différencié aux droits, a renforcé la critique des droits de l'homme pour en légitimer une définition restrictive, c'est-à-dire individualiste²⁰. En jouant précisément sur cette ambiguïté, les théoriciens contre-révolutionnaires ont ainsi tenté de remettre en cause un des conquits fondamentaux de la Révolution française : « l'espace social démocratique »²¹ symbolisé par les droits de l'homme en société.

106 À maints égards, la haine des droits de l'homme est symptomatique de l'hystérésis réactionnaire. Les schèmes de perception que les contre-révolutionnaires investissent dans leur analyse de l'ordre juridique issu de la Révolution, incarné par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, sont le produit d'un état antérieur du monde social, au sein duquel ils occupaient une position prééminente. Jusqu'à la Révolution, la domination de la noblesse n'est aucunement contestée. Elle n'est d'ailleurs contrainte que par son ancien rival, le roi, contre lequel elle s'était engagée, entre les x^e et xvii^e siècles, dans des luttes concurrentielles ouvertes pour le monopole du pouvoir. De son point de vue, la noblesse ne doit sa prééminence qu'à son service par les armes, au nom duquel elle a fini par accepter de participer aux luttes codifiées pour le prestige et le rang au sein de la monarchie. En effet, à compter du xv^e siècle, elle intègre progressivement la direction administrative du royaume. Le souverain, en tant que maître central, est le principal détenteur des ressources matérielles, des biens fonciers (le domaine et le fisc) puis pécuniaires (les pensions) et symboliques (titres, charges et honneurs) qu'il redistribue à ses anciens concurrents afin de les maintenir dans un état de dépendance à son égard. C'est précisément cette position sociale ambivalente de sujet, manifestant obséquieusement sa soumission

19. « “Droits-de-l'homme” et droit international », *Droits fondamentaux*, n° 1, 2001, p. 167.

20. Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère, *Le Procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016 ; *id.*, *Les droits de l'homme rendent-ils idiots ?*, Paris, Seuil, 2019.

21. Claude Lefort, « La pensée politique devant les droits de l'homme » (1980), in *id.*, *Le Temps présent. Écrits, 1945-2005*, Paris, Belin, 2007, p. 405-421.

à l'autorité souveraine, et d'élite dominante qui structure l'inconscient collectif clivé du second ordre. Il fonde leur rejet des Lumières et de la Révolution française, qui rompent avec la conception inégalitaire du pacte monarchique et, partant, du droit d'Ancien Régime. Dès la seconde moitié du XVIII^e siècle, les doxosophes réactionnaires s'acharnent à saper une philosophie qu'ils décrivent comme « mortifère » pour l'ordre naturel – à savoir inégalitaire – des choses : « La maxime *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* [...], c'est du vague et de l'indéterminé, que le voluptueux explique par la liberté des jouissances, l'ambitieux par la supériorité de domination, l'avare par l'acquisition des richesses²². » L'égalité des droits est ainsi jugée funeste en ce qu'elle répond aux seuls attendus des orgueilleux, des avarés et des sybarites. Ici encore, la référence religieuse, plus précisément aux sept péchés capitaux, affleure. L'égalité des droits serait une blessure morale infligée à la société par de dangereux démagogues, qui flatteraient l'ego populaire dans l'espoir de s'imposer à lui comme la seule élite légitime. La critique des droits de l'homme rejoint celle de la Révolution française : « Enfin, après de longues et sanglantes erreurs, on comprit qu'il fallait parler à l'homme un peu moins de ses droits, un peu plus de ses devoirs. Les droits de l'homme tombèrent en désuétude, et furent abandonnés aux démagogues de province ; ce ne fut que de loin en loin, et à la veille des crises révolutionnaires, qu'on entendit retentir, dans l'arène législative, ces mots effrayants, les droits de l'homme, signal de désolation et de mort, tels que ces coups de canon qui parlent, à longs intervalles, d'un vaisseau en perdition²³. » Les droits de l'homme, incarnation de la Révolution « satanique », bouleversent en profondeur l'ordre, en bref la hiérarchie sociale ; l'exigence d'égalité civile et politique distingue effectivement « la révolution de tout ce qu'on a vu et peut-être de tout ce qu'on verra »²⁴. Les droits de l'homme en société, soit l'égalité des droits, la liberté d'expression, le droit de vivre en sûreté, la résistance à l'oppression, sont autant de ruptures avec l'ordre juridique ancien, tout entier tendu vers le monarque « providentiel », à qui il suffisait de paraître tel un « phénomène » pour se faire promptement « obéir »²⁵. Les législateurs – le roi et sa noblesse – « ne sont jamais ce qu'on appelle des savants, ils n'écrivent point, ils agissent par instinct et par impulsion, plus

107

22. Louis de Bonald, *Législation primitive...*, *op.cit.*, p. 132.

23. *Ibid.*, p. 136.

24. Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, *op.cit.*, p. 76.

25. *Ibid.*, p. 92-93.

que par raisonnement ; ils n'ont d'autres instruments pour agir qu'une certaine force morale qui plie les volontés comme le vent courbe une moisson²⁶ ». C'est au hasard de la naissance, aux particularités caractérielles des individus, et non aux capacités rationnelles, à la répartition des dons, que certains individus sont prédestinés à légiférer. L'hérésie des révolutionnaires serait donc totale. Loin d'incarner la volonté générale et la raison humaine, les droits de l'homme ne sont que des révéléateurs du désordre ambiant : « Plus on écrit et plus l'institution est faible ; la raison en est claire. Les lois ne sont que des déclarations de droits, et les droits ne sont déclarés que lorsqu'ils sont attaqués ; en sorte que la multiplicité des lois constitutionnelles écrites ne prouve que la multiplicité des chocs et le danger d'une destruction. [...] La liberté fut toujours un don des rois²⁷. » Par un étonnant renversement des valeurs, les contre-

108 révolutionnaires se présentent comme les défenseurs des droits naturels et immuables de l'homme. Loin d'être un conquis, la liberté est le fait du prince dont la volonté immanente est valable de toute éternité. Quant au droit écrit, il est superflu, le révéléateur d'une fragilité, d'une instabilité qui menace l'ordre juridique issu du mouvement insurrectionnel de l'été 1789. S'il faut reconnaître que « la Révolution a commencé par la Déclaration des droits de l'homme, [il faut admettre] qu'elle ne finira qu'avec la déclaration des droits de Dieu²⁸ ». À travers cet acte illocutoire, il s'agit de faire advenir ce qui est énoncé : la révolution conservatrice, œuvre de régénération sociale et politique, mettant fin à la scission christique. Ici encore affleure immédiatement la haine du droit révolutionnaire, coupable du délitement de la société. L'ordre juridique né de la Révolution est contraire aux intérêts d'une minorité intéressée « à servir » plus qu'« à régir ou à faire des lois »²⁹. Si les schèmes de perception investis par les idéologues réactionnaires dans leur description de la société révolutionnée sont passésistes, c'est parce qu'ils résultent du décalage entre la perception que ces derniers ont d'eux-mêmes et la position sociale objective, réelle, qu'ils occupent au sein de la hiérarchie révolutionnaire. La haine du droit n'est autre que l'expression subjective d'un déclassé social objectif. L'omniprésence lexicale du ressentiment atteste du retard structural des élites d'Ancien Régime, incapables d'envisager les nouveaux droits civils et politiques comme la translation juridique

26. *Ibid.*, p. 99.

27. *Ibid.*, p. 94-99.

28. Louis de Bonald, *Législation primitive...*, *op. cit.*, p. 184.

29. *Ibid.*, p. 101.

de l'ordre social issu de la Révolution française. Pour le dire autrement, c'est parce que leur autorité dépend du régime de domination hiérarchisé que les contre-révolutionnaires y demeurent profondément attachés.

*

Faire retour sur les conditions historiques qui ont prévalu dans l'élaboration de l'idéologie réactionnaire, structurée autour de la haine du droit et du rejet des droits de l'homme, permet de saisir l'efficacité d'une idéologie qui se pare des apparences du bon sens et de la bienséance pour s'imposer comme légitime. Ainsi, c'est à condition de traiter la haine du droit comme un fait historique et juridique, façonné par le rapport de force entre les élites concurrentes d'Ancien Régime et révolutionnaires, qu'il est possible de saisir les raisons de sa résurgence. Elle est une subjectivité institutionnalisée, porteuse d'une idéologie haineuse parce qu'elle repose sur le rejet d'un consensus historique, celui de l'ordre issu de la Révolution française, d'une hiérarchie sociale au sein de laquelle l'ancienne noblesse occupe une position seconde. Le ressentiment qui en résulte constitue le point nodal de cette philosophie passéiste. C'est la double méconnaissance du fondement objectif de la haine du droit – le déclassement social –, par ceux qui la portent, et de la violence sociale qu'elle enferme, par ceux qui partagent une position sociale homologue, c'est-à-dire marginale, qui explique la force de l'idéologie s'exerçant avec la complicité aliénée d'agents sociaux fragilisés, dont les intérêts sont pourtant étrangers à ceux des perdants de la révolution républicaine, les idéologues contre-révolutionnaires.

R É S U M É

Que signifie haïr le droit ? L'analyse holiste comme l'école subjectiviste désignent la haine du droit comme un phénomène asocial, individuel. Haine et anomie se confondraient pour désigner le comportement d'agents désorientés, peu enclins à se plier aux règles structurant la vie en société, déviance pourtant sanctionnée par la puissance publique. Or les doctrines et les pratiques discursives promouvant la haine du droit émergent au moment de la Révolution française et sont le fait de théoriciens contre-révolutionnaires qui ne voient dans le droit qu'une abomination contraire à l'ordre social. Pareil raisonnement demeure largement partagé par les franges les plus réactionnaires du champ politique : les critiques contemporains des droits de l'homme, en somme du « droit-de-l'hommeisme », continuent de perpétuer la haine du droit. L'analyse de ce

110 *phénomène daté, situé, bref historique, implique un retour sur ses conditions objectives de production, le moment révolutionnaire français, pour saisir les raisons de sa résurgence et de son efficace.*

L'ÉTAT DE DROIT FACE
À LA DÉMOCRATIE MILITANTE
SUR LES VICISSITUDES
D'UNE RELATION FUSIONNELLE

111

« **Q**ui en veut à l'État de droit ? » – Parmi toutes les réponses réelles ou imaginables, l'on envisagerait assez mal de proposer « les démocraties libérales elles-mêmes ». C'est qu'en effet aucune démocratie ne saurait rester libérale si elle ne veillait pas à ce que les gouvernants « exercent une fonction encadrée et régie par le droit¹ » sous le contrôle de juges indépendants et dans le respect des droits fondamentaux. Plus encore, avec le développement des juridictions constitutionnelles après la Seconde Guerre mondiale, l'État de droit s'est imposé comme une des caractéristiques essentielles des démocraties libérales contemporaines. Pourrait-on donc sérieusement concevoir aujourd'hui que des régimes libéraux s'en prennent directement à eux-mêmes en s'attaquant à l'une de leurs caractéristiques essentielles ?

Bien que contre-intuitive, cette question mérite d'être posée au regard du développement d'un autre aspect des démocraties d'après-guerre. À la suite du traumatisme qu'a causé l'arrivée au pouvoir de Mussolini et de Hitler, nombreuses ont été les démocraties libérales à adopter des mécanismes spécifiquement destinés à protéger leur régime politique contre les organisations politiques subversives. Désignées dès les années 1930 comme « militantes »², ces démocraties ont affiné leurs instruments de défense tout au long du

1. Jacques Chevallier, *L'État de droit*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2017, p. 9.

2. L'expression « *militant democracy* » a été inventée par Karl Loewenstein, un juriste bavarois émigré aux États-Unis en 1933 (« *Militant Democracy and Fundamental Rights* », *American Political Science Review*, vol. 31, n° 3 et 4, 1937, p. 417-432 et 638-658).

xx^e siècle³. Si la législation française ne fait pas exception à ce mouvement juridique occidental⁴, c'est surtout dans le droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne que cette notion trouva une concrétisation particulièrement remarquable⁵. Dans son arrêt d'interdiction du parti communiste allemand de 1956, la Cour constitutionnelle fédérale estima que la nouvelle démocratie libérale allemande n'était plus, comme celle de Weimar, neutre et passive à l'égard de ses ennemis politiques, mais qu'au regard de certaines de ses dispositions constitutionnelles elle était devenue « combative » (*streitbare Demokratie*)⁶.

L'idée qu'une démocratie se défende contre ses ennemis politiques a naturellement fait l'objet de discussions théoriques pour déterminer si et dans quelle mesure une telle défense n'entraîne pas le régime de la liberté dans une contradiction avec ses propres principes. En avril 1932, le juriste autrichien Hans Kelsen prenait le contre-pied de cette proposition en considérant qu'« une démocratie qui cherche à s'affirmer contre la volonté de la majorité, y compris par la force, a cessé d'être une démocratie⁷ ». À l'inverse, d'autres auteurs, tel le député social-démocrate Carlo Schmid lors de l'élaboration de la Loi fondamentale de Bonn, ont pu faire valoir l'idée « qu'il n'appartient pas au concept de démocratie d'aménager les conditions de son abolition⁸ ». Depuis lors, les positions doctrinales s'affrontent pour tenter de résoudre ce qui apparaît, somme toute, comme un véritable dilemme démocratique. Si ces discussions aboutissent généralement à des analyses sur le sens du concept de démocratie, elles négligent généralement l'étude du rapport, parfois contradictoire, qu'entretient la démocratie militante avec l'État de droit.

Il faut dire qu'à première vue la contradiction entre la démocratie militante et l'État de droit apparaît moins évidente. En effet, si ce dernier suppose, dans son sens le plus élémentaire, que les organes de l'État agissent conformément à des règles juridiques préalablement établies, la doctrine

3. Pour un panorama par État, cf. notamment Markus Thiel (dir.), *The "Militant Democracy" Principle in Modern Democracies*, Farnham, Ashgate, 2009.

4. Cf. notamment Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights II », art. cité, p. 644 ; *id.*, « Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes », *Revue du droit public*, n° 55, 1938, p. 295-234, 516-541 et 702-757.

5. Cf. notamment Aurore Gaillet, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstituer une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du droit, 2021, p. 122-123.

6. La Cour visait avant tout la possibilité de dissoudre les partis politiques subversifs en vertu de l'article 21, § 2, de la Loi fondamentale (BVerfGE 5, 85, 17 août 1956, *KPD-Verbot*).

7. Hans Kelsen, « Verteidigung der Demokratie » (1932), in *id.*, *Verteidigung der Demokratie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 237.

8. Cité par Augustin Simard, « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la "démocratie militante" en RFA », *Jus Politicum*, n° 1, 2008 (en ligne).

de la démocratie militante peut revêtir sans grande difficulté le costume de l'État de droit. Il lui suffira de s'assurer de la légalité de ses propres instruments de défense ainsi que de leur application. Pour autant, et alors même qu'il constitue l'un des principaux objets protégés par cette doctrine, il arrive que l'État de droit soit mis à mal par une démocratie militante qui fait parfois primer la finalité de sauvegarde du régime sur la légalité des moyens de protection. D'objet et moyen de la démocratie militante, l'État de droit peut donc rapidement se retrouver victime collatérale de ce programme de défense de la démocratie libérale.

L'ÉTAT DE DROIT, OBJET DE PROTECTION DE LA DÉMOCRATIE MILITANTE

En droit positif, la doctrine de la démocratie militante ne se manifeste pas toujours de la même façon⁹. Historiquement, la première forme que cette doctrine a revêtue était éminemment libérale en ceci qu'elle ne cherchait à interdire que les organisations dont le caractère antidémocratique se manifestait par des activités violentes ou par une légitimation de celles-ci. Incarné par la loi française du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées, ce type de législation n'entendait pas s'en prendre directement aux idéologies des partis et des associations politiques. Lors des travaux préparatoires, la loi française fut défendue en ces termes par un député radical-socialiste de la majorité de coalition du moment : « Ne dites pas que, entendant viser ces milices, nous portons atteinte à la liberté d'opinion, non pas ! [...] Nous ne sommes pas contre les ligues parce qu'elles ont des idées fascistes. Nous sommes contre les ligues parce qu'elles emploient des moyens de factieux¹⁰. » C'est qu'en effet, à l'exception du motif de dissolution visant les mouvements indépendantistes, la loi du 10 janvier 1936 permettait seulement de dissoudre par décret du président de la République en conseil des ministres les organisations provoquant à des manifestations armées dans la rue, ou s'organisant sur un mode paramilitaire, ou encore ayant pour but de porter atteinte *par la force* à la forme républicaine du gouvernement. Plus récemment, la législation espagnole de 2002 ayant réformé l'interdiction des partis politiques afin de lutter

113

9. Pour une conceptualisation des différents modèles de démocratie militante, cf. Augustin Berthout, *La démocratie militante. Étude comparée d'une doctrine constitutionnelle*, thèse de droit public, Université de Montpellier, 2024, t. 1, p. 275 et suiv.

10. Chambre des députés, deuxième séance du 3 décembre 1935. Quelques minutes plus tard, toujours avec le même sens de la formule, Marc Rucart insista de nouveau : « Nous ne sommes pas, nous, contre la liberté d'opinion, nous sommes contre la liberté de la violence. »

contre ceux qui soutenaient les actions terroristes de l'ETA s'inscrit aussi dans cette conception *formelle* de la démocratie militante. Dans tous les cas, celle-ci garantit la protection de l'État de droit en s'assurant qu'aucune organisation politique ne compromette le libre débat démocratique par une violence incompatible avec les règles juridiques élémentaires encadrant le processus démocratique.

La seconde forme que peut prendre la démocratie militante est incarnée de façon archétypale en droit constitutionnel allemand au travers d'une conception plus *matérielle* de la démocratie militante. Si les organisations politiques sont là aussi susceptibles d'être dissoutes pour leurs actions violentes, elles peuvent également l'être à raison de leurs idées antidémocratiques. À la différence de la France où une organisation peut désormais être dissoute pour des idées exaltant la collaboration vichyste ou promouvant le racisme, le motif allemand de dissolution est bien plus large. En vertu de l'article 21, § 2, de la Loi fondamentale, un parti politique est inconstitutionnel dès lors qu'il tend à remettre en cause ou à renverser l'ordre constitutionnel libéral et démocratique (*freiheitliche demokratische Grundordnung*). Il ne s'agit pas ici d'une simple interdiction de *moyen*, mais bien d'une interdiction de *fin* puisqu'il est prohibé que les partis politiques aient pour programme de mettre en place, même légalement, un régime politique incompatible avec les valeurs constitutives de cet ordre constitutionnel. Si cette notion n'est pas définie dans la Constitution allemande, la Cour constitutionnelle fédérale a, dès son premier arrêt d'interdiction de 1952, déduit de l'élément libéral l'impossibilité pour les partis de remettre en cause certaines caractéristiques essentielles de l'État de droit, telles que la légalité de l'action administrative, l'indépendance des tribunaux et la séparation des pouvoirs¹¹.

Mais c'est surtout en 2017, dans son arrêt de non-interdiction du parti néonazi NPD, que la Cour a souligné l'engagement idéologique de la démocratie militante allemande en faveur du « principe d'État de droit » (*Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit*). Dans cette décision, les juges de Karlsruhe ont reformulé le contenu du *freiheitliche demokratische Grundordnung*, en considérant qu'il s'articulait autour de trois valeurs essentielles à la démocratie libérale : la dignité humaine, le principe démocratique et le principe d'État de droit¹². Qualifié de « composante indispensable » de l'ordre constitutionnel défendu, ce dernier est défini par deux éléments cumulatifs. En premier lieu, il implique pour la Cour que les pouvoirs

11. BVerfGE 2, 1, 23 octobre 1952, *SRP-Verbot*.

12. BVerfGE 144, 20, 17 janvier 2017, *NPD-Verbotsverfahren II*.

publics soient liés par le droit. Il découle de cette obligation première l'établissement d'un contrôle possible de celle-ci par des tribunaux indépendants. En second lieu, la Cour affirme qu'en vue de protéger la liberté individuelle le *Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit* suppose, en outre, le monopole de l'État du recours à la force physique sous le contrôle d'un juge indépendant. On comprend donc que le modèle de démocratie militante allemand englobe le premier modèle, plus formaliste, de démocratie militante dans sa forme française des années 1930 ou espagnole contemporaine. Il le dépasse néanmoins en obligeant les organisations politiques d'avoir comme horizon politique indépassable un régime politique mettant en œuvre le principe d'État de droit. Cela étant, dans les deux modèles, ce dernier n'apparaît pas uniquement comme un objet digne d'être protégé. Il constitue aussi le moyen principal d'action de cette défense.

115

L'ÉTAT DE DROIT, MOYEN D'ACTION DE LA DÉMOCRATIE MILITANTE

Demeurant libérale, la démocratie devenue militante n'entend nullement mettre en œuvre sa propre défense en dehors du cadre l'État de droit. Dès 1961, la Cour constitutionnelle allemande avait insisté sur cette dimension juridique de la *streitbare Demokratie* en écrivant que si « la Constitution limite certes le principe de tolérance politique au nom de sa conservation [...], elle ne s'oppose aux ennemis de la liberté [...] que par des moyens conformes à l'État de droit, afin que la démocratie libérale ne devienne pas infidèle à elle-même¹³ ». Somme toute, ce recours au principe de l'État de droit pour sa propre défense se concrétise de trois façons complémentaires.

Premièrement, cela suppose que l'ensemble des mécanismes de protection soient établis par une loi, c'est-à-dire prévus par un texte juridique général et impersonnel avant même d'être appliqués. Ce faisant, et aussi restrictives que pourraient être les dispositions légales en cause, leur existence même empêche l'arbitraire le plus brutal en conditionnant *a priori* l'action de l'État et en permettant aux organisations sociales d'adapter leurs conduites aux règles édictées.

Mais, si la démocratie militante a recours au principe de l'État de droit pour la mise en œuvre de la protection du régime démocratique, c'est aussi parce que, deuxièmement, elle s'assure que les instruments légaux en cause sont conformes aux règles juridiques qui leur sont formellement supérieures.

13. BVerfGE 13, 46, 27 juin 1961.

En Espagne, la nouvelle loi sur les partis politiques a été contestée dès son entrée en vigueur, en 2003, devant le Tribunal constitutionnel. Le juge de Madrid estima néanmoins que le mécanisme était parfaitement conforme à la Constitution dans la mesure où il n'établissait pas, à la différence du mécanisme allemand, un contrôle des finalités idéologiques des partis et qu'il constituait une réponse proportionnée à l'action violente ou à la légitimation du terrorisme¹⁴. Les exigences constitutionnelles espagnoles se sont en outre révélées parfaitement compatibles avec les obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque toutes les interdictions de partis intervenues ont été jugées entièrement conformes à celle-ci par la Cour de Strasbourg¹⁵.

116 En France, l'examen de la constitutionnalité de la loi du 10 janvier 1936 est intervenu tardivement, étant donné qu'elle a été adoptée bien avant que le contrôle de constitutionnalité des lois n'apparaisse. Reprise à l'article L.212-1 du code de sécurité intérieure, cette loi n'a été contrôlée dans son intégralité que par le Conseil d'État en 2012 alors que l'ordonnance de codification n'avait encore qu'une valeur réglementaire¹⁶. Le Conseil d'État estima que, eu égard aux garanties formelles et à la gravité des troubles que les organisations visées font peser sur l'ordre public, le mécanisme de dissolution devait être jugé conforme au principe constitutionnel de la liberté d'association. La même affaire donna l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme de valider, au moins *in concreto*, l'usage de ce dispositif au regard du texte conventionnel de sauvegarde des droits de l'homme¹⁷. De son côté, si le Conseil constitutionnel a en fait été assez peu saisi de la constitutionnalité de ce dispositif, il a néanmoins censuré l'aggravation du mécanisme qu'établissait la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. Il a en effet considéré qu'il n'était pas conforme à la liberté d'association de laisser la possibilité à l'exécutif de suspendre, pour une durée maximale de six mois, une association faisant l'objet d'une procédure de dissolution sans avoir encore établi qu'elle entrait dans l'un des motifs de dissolution¹⁸.

En Allemagne, les choses sont encore différentes dans la mesure où le mécanisme d'interdiction des partis politiques est prévu par la Constitution elle-même. Toutefois, la valeur formelle de cette norme n'empêche pas

14. STC, 12 mars 2003, 48/2003, FJ7 et FJ12.

15. Cf. notamment CEDH, 30 juin 2009, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, n° 25803/04, § 87 ; 15 avril 2013, *EAE-ANV c. Espagne*, n° 40959/09, § 77-82.

16. CE, 30 juillet 2014, *Association Envie de rêver et autres*, n° 370306.

17. CEDH, 8 octobre 2020, *Ayoub et autres c. France*, n° 77400/14.

18. Décision 823DC du 13 août 2021, § 43-47.

pour autant la Cour constitutionnelle de vérifier la « constitutionnalité » du dispositif, ou plus précisément, d'examiner la conformité du mécanisme par rapport au contenu de la clause d'éternité de l'article 79, § 3, lequel protège les principes fondamentaux de la démocratie libérale allemande. Ainsi, dès 1956, dans son second arrêt d'interdiction, la Cour de Karlsruhe estima que l'article 21, § 2, de la Loi fondamentale ne devait pas être compris comme une disposition « inconstitutionnelle »¹⁹. Son contrôle à l'aune de la clause d'éternité fut davantage formalisé lorsqu'elle vérifia, en 2024, la constitutionnalité du nouveau mécanisme de suppression des financements publics des partis antidémocratiques introduit par la révision constitutionnelle de juillet 2017. Le principal argument avancé par le juge pour justifier sa conformité à la clause d'éternité réside dans la logique même de la démocratie militante à l'allemande : les principes de l'article 79, § 3, garantissant le caractère libéral et démocratique du régime allemand, ne vont pas jusqu'à comprendre « la protection de la participation égale au processus de formation de la volonté politique des partis hostiles à la Constitution²⁰ ». De même, les contentieux récents ont montré que la Cour de Karlsruhe attache une importance particulière à ce que les instruments de la démocratie militante allemande soient compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, en 2017, si la Cour modifia son interprétation de l'article 21, § 2 – ce qui impliqua, en l'espèce, de ne pas interdire le parti néonazi NPD en raison du faible danger qu'il faisait peser sur la démocratie allemande –, ce revirement de jurisprudence a très certainement été causé par une volonté de mise en compatibilité de la jurisprudence constitutionnelle allemande avec celle de la Cour de Strasbourg²¹. Similairement, à l'occasion de l'arrêt de 2024, elle réalisa un examen rigoureux de la conventionnalité du nouveau mécanisme de suppression des financements publics pour juger *in fine* qu'il était conforme au texte conventionnel²².

117

Troisièmement et dernièrement, si l'État de droit constitue un moyen d'action de la démocratie militante, c'est également parce qu'elle a recours à des juridictions indépendantes pour mettre en œuvre les instruments de protection ou en contrôler leur utilisation par l'autorité administrative. Les cas les plus illustratifs sont ceux de l'Allemagne et de l'Espagne, où les partis politiques ne peuvent être dissous qu'en vertu d'une décision de la Cour

19. BVerfGE 5, 85, 17 août 1956, *KPD-Verbot*.

20. BVerfG, 23 janvier 2024, 2BvB1/19, § 227.

21. Augustin Berthout, « Vers une démocratie militante des petits moyens. Retour sur la décision de non-interdiction du NPD du 17 janvier 2017 du Tribunal constitutionnel fédéral allemand », *Revue du droit public*, n° 2, 2018, p. 541-542.

22. BVerfG, 23 janvier 2024, 2BvB1/19, § 302-314.

constitutionnelle ou du Tribunal suprême. C'est en ce sens que, dans son premier arrêt d'interdiction de 1952, la première juridiction relevait que sa propre compétence avait été établie « afin d'éviter tout risque d'abus²³ ». De même, en France, si la compétence de dissolution des organisations politiques revient au président de la République et au Premier ministre, la décision de dissolution demeure soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. En cela, jusque dans son application, le respect de la règle de droit constitue un fil conducteur de la mise en œuvre de la démocratie militante. Cet aspect libéral de la démocratie militante s'est particulièrement illustré au cours de la première tentative de dissolution du NPD, lorsqu'en 2003 la Cour constitutionnelle allemande a interrompu la procédure, considérant que la présence d'agents du renseignement de l'État parmi les dirigeants du parti en cause constituait un « obstacle irrémédiable » à la tenue d'un procès équitable²⁴.

118 Pour autant, et malgré tous ces éléments révélant une volonté évidente de pratiquer la défense de la démocratie dans le respect du principe de l'État de droit, il apparaît que ce dernier peut devenir la victime collatérale de cette entreprise.

L'ÉTAT DE DROIT, VICTIME COLLATÉRALE DE LA DÉMOCRATIE MILITANTE

Quoiqu'elle se donne pour objectif de défendre l'État de droit dans le respect de la légalité, la démocratie militante est susceptible d'engendrer des conséquences contraires, en mettant en danger l'objet qu'elle entendait *a priori* protéger.

Cette difficulté se manifeste particulièrement en Allemagne. Sur un plan théorique, en faisant de la démocratie libérale un absolu qui ne saurait être dépassé, y compris par des méthodes légales et pacifiques, la *streitbare Demokratie* pose le principe de la primauté d'une légitimité démocratique et libérale sur la simple légalité normalement susceptible d'accueillir n'importe quelle valeur. Elle fait donc œuvre d'un certain « décisionnisme » en ceci qu'elle essentialise les valeurs réputées intangibles du régime établi que l'État pourra opposer à toute velléité subversive pacifique²⁵. Bien entendu,

23. BVerfGE 2, 1, 23 octobre 1952, *SRP-Verbot*.

24. BVerfGE 107, 339, 18 mars 2003, *NPD-Verbotsverfahren*. Sur cette affaire et sur ses conséquences théoriques, cf. Augustin Berthout, *La démocratie militante*, thèse citée, t. 2, p. 1084 et suiv.

25. Carlo Invernizzi-Accetti et Ian Zuckermann, « Militant Democracy as Decisionist Liberalism », in Daniel Bessner et Nicolas Guilhot (dir.), *The Decisionist Imagination*, New York (N. Y.), Berghahn, 2018, p. 64-84.

cette légitimité est elle-même légalisée dans la mesure où elle est intégrée dans la Loi fondamentale au travers de la notion d'ordre constitutionnel libéral et démocratique. De même, elle est normalement défendue par le biais d'instruments eux-mêmes établis par la loi. Mais il n'en demeure pas moins que la démocratie militante allemande enclenche une logique décisionniste faisant la part belle à une légitimité à l'encontre de laquelle aucune légalité constitutionnelle ne saurait porter atteinte.

Cet aspect décisionniste de la démocratie militante allemande se retrouve plus concrètement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci n'a effectivement pas hésité à déduire de l'ensemble des dispositions relatives à la protection de la démocratie dans la Loi fondamentale l'existence d'un principe de démocratie militante d'interprétation de la Constitution elle-même, lui permettant de restreindre davantage les droits fondamentaux des « ennemis de la Constitution ». Dans une dizaine de décisions rendues entre 1961 et 2008, la Cour a mobilisé ce principe d'interprétation qui lui permet de justifier le contournement de certaines dispositions constitutionnelles. Pour le dire avec la formule de Johannes Lameyer, « dans l'interprétation de la Cour constitutionnelle fédérale, la Loi fondamentale est plus militante que la somme de ses dispositions militantes²⁶ ». Par exemple, en 1961, alors que l'article 3, § 3, de la Loi fondamentale énonce que « nul ne doit être discriminé ni privilégié en raison de [...] sa croyance, de ses opinions religieuses ou politiques », la Cour de Karlsruhe a validé la constitutionnalité d'une loi excluant de l'indemnisation des victimes du III^e Reich les personnes qui avaient lutté contre la démocratie libérale allemande après 1949. Pour ce faire, elle se fondait sur « la décision de principe du constituant [...] en faveur d'une lutte contre les ennemis actifs de l'ordre axiologique démocratique »²⁷. Faisant primer un fondement non écrit sur une disposition constitutionnelle positive, le principe de démocratie militante fragilise ainsi la force normative de la Constitution, et participe par là même au délitement de l'État de droit au nom d'une légitimité supérieure. Pour cette raison, l'un des observateurs espagnols les plus critiques de cette notion estimait que « le principe de démocratie militante [...] va à l'encontre des exigences de l'État de droit en relativisant, voire en détruisant la légalité au profit d'une légitimité pure et simple²⁸ ».

26. *Streitbare Demokratie. Eine verfassungshermeneutische Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 136.

27. BVerfGE 13, 46, 27 juin 1961.

28. Ignacio de Otto Pardo, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, p. 39.

Mais il n'y a pas qu'en Allemagne que l'État de droit est susceptible de pâtir du caractère militant de la démocratie. En France, dans un autre registre, il est possible de relever que le mécanisme de dissolution des organisations politiques présente quelques problèmes de régularité au regard des normes supralégislatives.

À l'égard de la Constitution d'abord, il est possible de se demander si la compétence du président de la République et du Premier ministre pour dissoudre un parti politique par décret en conseil des ministres est parfaitement conforme à la liberté des partis garantie à l'article 4 C. Il est permis d'en douter dans la mesure où la constitutionnalité de cet instrument a toujours été contrôlée à l'aune du seul principe de la liberté d'association, et jamais à l'égard de cette disposition constitutionnelle²⁹. Or il est possible de considérer qu'eu égard à leur rôle fondamental dans la démocratie les
120 garanties constitutionnelles de protection des partis politiques sont plus exigeantes que celles des simples associations. Dans cette perspective, s'il est conforme à la liberté d'association que l'exécutif soit compétent pour dissoudre les associations qui troublent l'ordre public au sens de l'article L. 212-1 du code de sécurité intérieure, il est en revanche beaucoup moins évident qu'il le soit pour dissoudre des partis politiques qui, selon toute vraisemblance, seront toujours des mouvements politiques d'opposition. La situation juridique en vigueur pose donc un problème de partialité évident.

À l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme ensuite, il convient de constater que les autorités françaises n'ont pas toujours pris en compte les exigences conventionnelles découlant de la jurisprudence européenne. Ainsi, en 2021, alors qu'il a élargi les motifs de dissolution des organisations prévus à l'article L. 212-1 du code de sécurité intérieure, le législateur a omis d'abroger le motif permettant de dissoudre les organisations « dont l'objet ou l'action tend à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ». Conçu dès l'origine pour réprimer les mouvements indépendantistes et anticolonialistes³⁰, ce motif est très certainement inconventionnel aujourd'hui³¹. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme conditionne la possibilité d'interdire une association ou un parti politique aux cas où ils emploieraient des méthodes violentes ou auraient un programme

29. Romain Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, Paris, LGDJ, 2019, p. 453.

30. Ainsi que le montrent, par exemple, les propos tenus à la Chambre des députés lors de la deuxième séance du 6 décembre 1935.

31. C'est d'ailleurs peut-être la raison pour laquelle il n'a plus été invoqué depuis 1987.

incompatible avec la démocratie libérale³². Or l'indépendantisme ne suppose nécessairement ni la violence ni l'autoritarisme.

De même, en octobre 2023, l'exécutif a décidé de dissoudre le micro-parti politique Civitas en exagérant la dimension violente du mouvement, mais surtout en faisant fi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'interdiction d'un parti politique doit être proportionnée au danger que celui-ci représente pour la démocratie³³. Soulignant le rôle fondamental des partis politiques dans les démocraties contemporaines, la Cour conditionne en effet l'interdiction d'un parti au fait qu'il fasse peser un danger « suffisamment et raisonnablement » proche sur le régime³⁴. Or il est permis de douter que, aussi peu compatible avec l'idéal républicain libéral et démocratique français qu'il était, le programme de Civitas constituait un péril « suffisamment et raisonnablement » proche pour la démocratie française. Fin 2024, le Conseil d'État a toutefois confirmé la légalité de la dissolution de Civitas au regard de l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure. Il reste que la question de la compatibilité entre le régime français de dissolution des partis politiques avec la Convention européenne des droits de l'homme demeure, puisque le juge n'a visiblement pas été saisi de moyens d'inconventionnalité dans cette affaire, le texte conventionnel n'étant même pas mentionné dans les visas de la décision³⁵.

121

Dans ces conditions, on comprend donc que l'attitude protectrice de la démocratie militante à l'égard de l'État de droit est susceptible d'engendrer l'effet inverse que celui qu'elle recherche. Malmené en vue d'être défendu, l'État de droit peut se retrouver dans une situation paradoxale lorsque la démocratie devenue militante fait primer l'objectif de défense du régime sur la légalité des moyens de sa protection. Éprise de son propre idéal, la démocratie militante risque donc parfois de l'étouffer.

32. Pour les associations, cf. CEDH, 8 octobre 2020, *Ayoub et autres c. France*, n° 77400/14, § 88 ; pour les partis politiques, cf. CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, n° 41340/98, § 98.

33. Décret du 4 octobre 2023 portant dissolution de Civitas.

34. CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi c. Turquie*, n° 41340/98, § 104.

35. CE, 30 décembre 2024, *Civitas*, n° 489498.

R É S U M É

Lorsqu'elle fait face à des organisations politiques antidémocratiques, la démocratie libérale tend parfois à devenir « militante » en établissant des procédures spécifiquement dédiées à sa propre sauvegarde. En règle générale, les travaux sur la notion de démocratie militante ne manquent pas de souligner ou de justifier le caractère contradictoire d'une démocratie qui interdit un parti politique antidémocratique pour protéger le régime de la liberté. Le présent article propose de poursuivre cette réflexion en mettant en lumière les liens paradoxaux unissant la démocratie militante à l'État de droit : si ce dernier constitue en effet l'un des objets et l'un des moyens principaux de ce programme de défense, il est aussi susceptible d'en devenir une des principales victimes collatérales.

MYRIAM BENLOLO-CARABOT
NUNO PIÇARRA

LA CJUE, DÉFENSEURE DE L'ÉTAT DE DROIT

123

« L'Union reconnaît de plus en plus que sa réussite repose sur une approche proactive visant à promouvoir et à défendre l'État de droit¹. » C'est en ces termes que la Commission européenne introduit la cinquième édition de son rapport sur l'État de droit, qui examine chaque année, depuis 2020, l'évolution de la situation dans ce domaine dans tous les États membres.

« Promouvoir », certes, mais surtout, dorénavant, « défendre ». C'est bien là la priorité des institutions européennes, contraintes de réagir face à la montée en puissance des populismes et la remise en cause parfois frontale des principes structurants de l'État de droit dans certains États membres. Ces attaques sapent la raison d'être même de l'Union européenne, laquelle est, aux termes de l'article 2 du traité sur l'Union européenne (TUE), « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Le respect de l'État de droit, qui s'inscrit dans une tradition européenne multiséculaire et fait indiscutablement partie, aux termes de l'article 6, paragraphe 3, du TUE, des « traditions constitutionnelles communes aux États membres », est à la fois une condition nécessaire à la soumission à

1. *Rapport 2024 sur l'État de droit*, communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 24 juillet 2024, COM(2024)800final/2, p. 1.

l'ordre pacifique établi par les traités européens et un révélateur de « l'intégration par le droit » au cœur du projet européen².

C'est ici le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne qui retiendra l'attention, et plus particulièrement la manière dont cette institution a réagi aux atteintes à l'indépendance du pouvoir judiciaire au niveau des États membres. Elle est en effet devenue progressivement une véritable « défenseuse » de l'État de droit, dans le cadre, par ordre d'importance, premièrement du renvoi préjudiciel prévu par l'article 19, paragraphe 3, sous b), du TUE et par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), deuxièmement du recours en manquement au titre de l'article 258 du TFUE, prérogative de la Commission européenne en son rôle de « gardienne des traités »³, et troisièmement du « contrôle de constitutionnalité », au titre de l'article 263 du TFUE, portant sur le règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020, relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union⁴.

Il importe de souligner que ce règlement établit, selon son article premier, les règles nécessaires à la protection du budget de l'Union « en cas de violation des principes de l'État de droit dans un État membre », dont peuvent être indicatifs « la mise en péril de l'indépendance du pouvoir judiciaire », « la limitation de la disponibilité et de l'effectivité des voies de recours, notamment sous l'effet de règles de procédure restrictives et l'inexécution des décisions de justice, ou la limitation de l'effectivité des enquêtes, des poursuites ou des sanctions relatives à des violations du droit » – art. 3, a) et c). Aux termes de son article 2, sous a), l'État de droit est « la valeur de l'Union consacrée à l'article 2 [du TFUE] [et] recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de

2. Thomas von Danwitz, « Current Challenges for the Rule of Law and the Role of the Judiciary in Europe », in *Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats: Festschrift für Rainer Schlegel*, Munich, Beck, 2024, p. 67 et suiv. (Les citations de textes en langue étrangère sont traduites par les auteurs.)

3. Dans ce cadre, la Cour a prononcé également des arrêts importants ayant pour objet les atteintes à la liberté des médias, de l'enseignement supérieur ou des ONG en Hongrie (CJUE, 6 octobre 2020, *Commission c. Hongrie*, C-66/18 ; 18 juin 2020, *Commission c. Hongrie*, C-78/18).

4. Dans ses deux arrêts du 16 février 2022, *Hongrie c. Parlement et Conseil* (C-156/21) et *Pologne c. Parlement et Conseil* (C-157/21), la Cour a rejeté les recours par lesquels la Hongrie et la Pologne demandaient l'annulation de ce règlement en invoquant des moyens tirés notamment de l'incompétence de l'Union pour l'adopter, de la violation du principe d'égalité des États membres devant les traités et du non-respect de leur identité nationale, de la violation du principe de sécurité juridique et du principe de proportionnalité.

protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation de pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi⁵ ». Il y est également précisé que l'« État de droit s'entend eu égard aux autres valeurs et principes de l'Union consacrés à l'article 2 [du TUE] ».

Si les décisions de la Cour de justice portant directement sur la protection de l'État de droit, non plus au niveau de l'Union et de ses institutions⁶, mais dans les États membres restent relativement rares jusqu'au début de 2018, la situation change ensuite et on peut recenser sept ans plus tard une trentaine d'arrêts dans ce domaine. C'est en effet le 27 février 2018 que la Cour prononce l'arrêt de grande chambre *Juízes Portugueses*⁷, concernant les exigences relatives à l'État de droit dans les États membres au regard du droit de l'Union, pour ce qui est du volet essentiel tenant à l'indépendance du pouvoir juridictionnel et des juges qui le forment. Elle y combine pour la première fois l'article 2 du TUE, son article 19, paragraphe 1, second alinéa – aux termes duquel « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » – et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui reconnaît, à toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés, le droit à un recours effectif devant « un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi ».

125

Le rappel des points essentiels de cet arrêt structurant illustre bien les possibilités que l'interprétation combinée de ces dispositions du droit primaire de l'Union a ouvertes à la Cour de justice pour indiquer aux juridictions des États membres, qui l'interrogent dans le cadre de l'article 267 du TFUE, les critères leur permettant de contrôler les exigences d'indépendance et d'impartialité du pouvoir juridictionnel, inhérentes au principe de l'État de droit. La Cour a également, en complément des réponses données aux juridictions de renvoi au titre de cet article 267, contré des atteintes graves à l'indépendance du pouvoir judiciaire par le biais du recours en manquement, intenté par la Commission, en vertu de l'article 258 du TFUE.

5. Nous soulignons.

6. Sur ces aspects, cf. notamment l'arrêt de référence du 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement*, 294/83.

7. CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16.

L'ARRÊT *Juízes Portugueses* : POTENTIALITÉS

« Ambitieux », « inédit »⁸ : les adjectifs n'ont pas manqué pour qualifier le raisonnement que la Cour de justice a emprunté dans son arrêt du 27 février 2018, pour répondre à la question préjudicielle précise que lui a posée le Tribunal administratif suprême du Portugal : celle de savoir si « le principe de l'indépendance des juges, tel qu'il découle de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE, de l'article 47 de la Charte et de la jurisprudence de la Cour, doit [...] être interprété en ce sens qu'il s'oppose aux mesures de réduction de la rémunération auxquelles sont soumis les magistrats au Portugal, dès lors qu'elles sont imposées unilatéralement par d'autres pouvoirs/organes souverains et de manière continue », « eu égard aux impératifs d'élimination du déficit budgétaire excessif et d'assistance financière régie par des dispositions européennes » et en tenant compte de ce que l'indépendance des organes juridictionnels dépend des garanties attachées au statut de leurs membres, y compris en termes de rémunération (points 17 et 18 de l'arrêt *Juízes Portugueses*).

La Cour a dit pour droit que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE doit être interprété en ce sens que le principe d'indépendance des juges ne s'opposait pas à l'application, aux membres de la Cour des comptes portugaise, de mesures générales de réduction salariale à caractère temporaire liées à des contraintes d'élimination d'un déficit budgétaire excessif ainsi qu'à un programme d'assistance financière de l'Union, prévues par une loi du 12 septembre 2014. Mais il ressort clairement du raisonnement sous-tendant cet arrêt préjudiciel qu'il pourrait ne pas en aller de même pour d'autres lois nationales visant spécifiquement l'organisation du pouvoir judiciaire, l'arrêt *LM*, prononcé quelques semaines après, étant de ce point de vue un signal important.

Un raisonnement nouveau

Pour mesurer la portée de cet arrêt, il est utile de rappeler, en premier lieu, la rareté et la timidité des arrêts prononcés jusqu'alors par la Cour de justice dans ce domaine. Tandis que l'État de droit est invoqué devant celle-ci depuis les années 1960, ce n'est qu'en février 1999 qu'elle intègre une référence à cette notion dans un arrêt statuant sur la qualité de « juridiction »

8. Cf. respectivement Sébastien Platon, « Le respect de l'État de droit dans l'UE. La Cour de justice à la rescousse ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chr. n° 36, p. 11, et Lauren Blatière, « La protection évolutive de l'État de droit par la CJUE », *ibid.*, chr. n° 31, p. 17 (en ligne).

du *Tiroler Landesvergabeamt*⁹, une instance autrichienne compétente pour statuer sur les recours introduits dans le cadre des procédures de passation de marchés publics de fournitures, de travaux et de concessions. L'affaire illustre la réticence de la Cour de justice à entrer dans des considérations poussées sur le respect des exigences relatives à l'État de droit au sein des États membres. À la différence de son avocat général, qui émettait des doutes quant à la qualité de « juridiction » de l'organe en cause, notamment quant à l'exigence d'indépendance¹⁰, la Cour a jugé qu'il ne lui appartient pas de supposer que la règle du droit national relative à la révocation des membres du *Tiroler Landesvergabeamt* « serait appliquée de manière contraire à la Constitution autrichienne et aux principes d'un État de droit » (point 24 de l'arrêt).

Ce « *self-restraint* » n'est plus de mise en 2018, dans un contexte politique il est vrai bien plus inquiétant et en présence notamment de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE introduit par le traité de Lisbonne. C'est sur cette disposition que se fonde, d'abord et avant tout, l'arrêt *Juízes Portugueses*, dans une interprétation visant à tirer tout l'effet utile de ladite disposition et permettant à la Cour de justice d'envoyer un message clair aux gouvernements des États membres de l'Union portant l'étendard des « démocraties illibérales ». « Déplacer l'attention de Lisbonne à Varsovie¹¹ » : tel est bien l'objectif poursuivi par la Cour, comme le démontreront les arrêts ultérieurs.

En second lieu, il convient de rappeler à quelle fin ce second alinéa a été introduit dans l'article 19, paragraphe 1, du TUE. Il s'agissait, en quelque sorte, de contrebalancer, au niveau des États membres, auxquels « il incombe de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective¹² », la solution, critiquée par une certaine doctrine, retenue pour qu'une « personne physique ou morale » puisse former un recours devant la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne : cette personne

9. CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97.

10. Conclusions de l'avocat général Antonio Saggio du 24 septembre 1998, point 30.

11. Matteo Bonelli et Monica Claes, « Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary », *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n° 3, 2018, p. 636.

12. Ce sont les termes employés par la Cour dès le début des années 2000 dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil* (25 juillet 2002, C-50/00P, point 41). Sur les relations entre cet arrêt et l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE tel qu'interprété par l'arrêt *Juízes Portugueses*, cf. Sacha Prechal, « Article 19 TEU and National Courts », in Matteo Bonelli, Mariolina Eliantonio et Giulia Gentile (dir.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection*, t. 1, Oxford, Hart Publishing, 2022, p. 11-26.

doit être le « destinataire » de l'acte qui en fera l'objet ou, si elle ne l'est pas, cet acte doit la « concerner directement et individuellement ». Cette double exigence, assouplie dans le traité de Lisbonne (art. 263, al. 4, du TFUE), a été maintenue à l'égard des « actes législatifs de l'Union », c'est-à-dire, aux termes de l'article 289, paragraphe 3, du TFUE, aux « actes juridiques adoptés par procédure législative »¹³.

128 Dans son arrêt du 27 février 2018, la Cour de justice a relevé à titre liminaire que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE, qui vise « les domaines couverts par le droit de l'Union », « indépendamment de la situation dans laquelle les États membres mettent en œuvre ce droit, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte » (point 29) – et dont le champ d'application s'étend ainsi au-delà de celui de la Charte¹⁴ –, « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 du TUE », en confiant « la charge d'assurer le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais également aux juridictions nationales » (point 32).

Si « l'Union est une Union de droit dans laquelle les justiciables ont le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union » (point 31), et si l'obligation que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE impose aux États membres de garantir au niveau national, par des voies de recours appropriées, la protection juridictionnelle effective que les justiciables tirent du droit de l'Union est à prendre au sérieux, il est logique que la Cour lise cette disposition en combinaison avec l'article 2 du TUE. Elle érige ainsi le principe de protection juridictionnelle effective, également affirmé par l'article 47 de la Charte, à la fois en valeur et principe structurant du droit de l'Union et qualifie l'existence même d'un contrôle juridictionnel effectif destiné à assurer le respect de ce droit d'« inhérente à un État de droit » (points 35 et 36).

Au premier rang des exigences d'une protection juridictionnelle effective auxquelles toute juridiction, des États membres ou de l'Union, chargée de l'application du droit de l'Union doit satisfaire figure la garantie d'indépendance, « inhérente à la mission de juger » (point 42). Elle « suppose, notamment, que l'instance concernée exerce ses fonctions juridictionnelles en toute autonomie, sans être soumise à aucun lien hiérarchique ou de subordination à l'égard de quiconque et sans recevoir d'ordres ou

13. Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette double exigence s'appliquait également aux actes réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution (*Unión de Pequeños Agricultores*, arrêt cité, point 44).

14. Sur ce point, cf. Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *EU Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 766.

d'instructions de quelque origine que ce soit, et qu'elle soit ainsi protégée d'interventions ou de pressions extérieures susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de jugement de ses membres et d'influencer leurs décisions » (point 44).

L'arrêt LM : le « signal » envoyé à la Pologne

Un mois après le prononcé de l'arrêt *Juizes Portugueses*, dans l'affaire LM¹⁵, la Haute Cour irlandaise, en tant qu'autorité d'exécution de mandats d'arrêt européens aux fins de l'exercice de poursuites pénales, émis par des juridictions polonaises, a posé à la Cour de justice de l'Union la question préjudicielle de savoir si, dès lors qu'elle avait des « éléments de preuve convaincants démontrant que la situation existante [en Pologne] [était] incompatible avec le droit fondamental à un procès équitable, parce que le système judiciaire même de l'État membre d'émission ne fonctionn[ait] pas selon le principe de l'État de droit », les dispositions de la décision-cadre 2002/584, tel qu'interprétées par la Cour, lui permettaient de refuser d'exécuter, sur ce seul fondement, ces mandats d'arrêt, sans « apprécier, de manière concrète et précise, dans quelle mesure la personne concernée sera exposée au risque d'un procès inéquitable lorsque son procès aura lieu au sein d'un système ne fonctionnant pas dans le cadre du principe de l'État de droit » (point 25).

129

Dans son arrêt du 25 juillet 2018, la Cour de justice s'est montrée bien consciente des conséquences indésirables que pourrait avoir une réponse affirmative à la question posée par la juridiction de renvoi. D'une part, les juridictions polonaises, qui ne pourraient plus être considérées comme indépendantes, cesseraient, de ce fait même, d'être des interlocuteurs valables de la Cour dans le cadre du renvoi préjudiciel. D'autre part seraient mis en cause « tant le principe de la confiance mutuelle entre les États membres que le principe de reconnaissance mutuelle », auxquels des limitations ne peuvent être apportées que « dans des circonstances exceptionnelles » (points 36 et 43).

Dans ces conditions, la Cour de justice a dit pour droit que l'existence d'un risque réel que la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen subisse, en cas de remise à l'autorité judiciaire d'émission, une violation de son droit fondamental à un tribunal indépendant et, partant, du contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable, garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, en raison de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission, est susceptible de permettre

15. CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18PPU.

à l'autorité judiciaire d'exécution de s'abstenir, à titre exceptionnel, de donner suite à ce mandat uniquement « à l'issue d'une appréciation concrète et précise du cas d'espèce », qui tienne compte notamment de la situation personnelle de la personne concernée, de la nature de l'infraction pour laquelle elle est poursuivie et des informations fournies par l'État membre d'émission¹⁶.

LES DÉVELOPPEMENTS ULTÉRIEURS

130 Depuis le prononcé de ces deux arrêts, la Cour de justice est régulièrement confrontée à des mesures législatives et administratives dont l'objectif premier est de porter atteinte au principe fondamental de l'indépendance des juges. C'est en effet ce principe essentiel qui fait l'objet des attaques les plus frontales de la part de tous ceux « qui en veulent » à l'État de droit, le cas polonais méritant de ce point de vue une attention toute particulière, la Cour ayant eu également l'occasion d'examiner d'autres réglementations nationales comme celles de la Roumanie, de la Hongrie ou de la Croatie.

La spécificité du cas polonais

En vertu de la nouvelle loi sur la Cour suprême, entrée en vigueur le 3 avril 2018 et modifiée depuis lors à plusieurs reprises, l'âge du départ à la retraite des juges de cette juridiction a subi un abaissement à 65 ans. Cette mesure a été appliquée aux juges en exercice au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Le président de la République s'est vu conférer le pouvoir discrétionnaire de prolonger l'exercice de fonctions judiciaires par les juges de ladite juridiction au-delà de l'âge du départ à la retraite nouvellement fixé. Une mesure d'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges des juridictions de droit commun polonaises, fixé à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, avec le même champ d'application *ratione temporis*, avait également été adoptée par une loi entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017. Cette fois-ci, la possibilité pour ces juges de continuer d'exercer leurs fonctions au-delà de l'âge nouvellement fixé dépendait d'une autorisation du ministre de la Justice.

En outre, la loi sur la Cour suprême polonaise a institué une nouvelle chambre au sein de cette juridiction, la chambre disciplinaire, dotée d'une

16. Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts *Openbaar Ministerie* du 17 décembre 2020 (C-354/20PPU et C-412/20PPU) et *Openbaar Ministerie II* du 22 février 2022 (C-562/21PPU et C-563/21PPU). Des demandes de décision préjudicielle relatives à l'exécution de mandats d'arrêt émis par des juridictions polonaises ont été à l'origine de ces arrêts.

compétence exclusive pour connaître des affaires en matière de droit du travail et des assurances sociales et de mise à la retraite concernant les juges de la Cour suprême, qui relevaient jusqu'alors de la compétence des juridictions ordinaires. Par ailleurs, selon cette loi, la chambre disciplinaire serait compétente pour adopter les décisions disciplinaires à l'égard des juges polonais, qu'il s'agisse des juges de la Cour suprême ou des juges de droit commun. Cette chambre s'est vu conférer également compétence pour autoriser l'ouverture de procédures pénales contre les juges et les juges auxiliaires, ainsi que leur arrestation et mise en détention éventuelles, et pour décider, dans de telles hypothèses, de leur suspension et de la réduction de leur rémunération.

Quant à la nomination des juges de la nouvelle chambre disciplinaire, cette loi prévoyait que la décision reviendrait au président de la République sur proposition de la KRS, le Conseil national de la magistrature, substantiellement recomposé du fait du raccourcissement du mandat en cours des membres de l'instance, ses quinze membres élus parmi les juges l'étant par une branche du pouvoir législatif, et non plus par leurs pairs. La chambre disciplinaire devait être composée uniquement de juges nouvellement nommés et jouissait d'un degré d'autonomie particulièrement élevé au sein de la Cour suprême, à la fois sur le plan organisationnel, fonctionnel et financier. Les juges composant la chambre disciplinaire auraient notamment droit à une rémunération excédant d'environ 40 % celle dont bénéficient les juges affectés aux autres chambres de la Cour suprême.

Enfin, la nouvelle loi sur la Cour suprême instituait au sein de cette juridiction la chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques. Les juges de cette chambre, nommés sur proposition de la KRS, se voyaient attribuer des compétences dans des matières sensibles telles que le contentieux électoral ou les recours extraordinaires permettant d'obtenir l'annulation de décisions définitives émises par des juridictions de droit commun ou d'autres chambres de la Cour suprême.

Ces dispositions nationales ont été examinées par la Cour de justice de l'Union, dans le cadre, à la fois, du renvoi préjudiciel et du recours en manquement. D'une part en effet, les juridictions polonaises ont été particulièrement actives pour lui soumettre des questions préjudicielles portant sur ces différents aspects, cherchant ainsi à ce que la Cour se prononce sur la compatibilité desdites dispositions avec le droit de l'Union, tel qu'interprété notamment par l'arrêt *Juizes Portugueses*. Ces juridictions ont pu le faire en demandant le plus souvent l'interprétation de l'article 2 du TUE lu en combinaison avec l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE, l'article 47 de la Charte et l'article 267, troisième alinéa, du TFUE, afin d'apprécier à cette

aune les conditions de nomination des juges de la Cour suprême et l'instauration de la chambre disciplinaire et de la chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques¹⁷. Cette dernière a elle-même posé une question préjudicielle que la Cour de justice a déclarée irrecevable du fait qu'elle n'émanait pas d'une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE¹⁸.

La Cour a jugé que l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE « met à la charge des États membres une obligation de résultat claire et précise et qui n'est assortie d'aucune condition en ce qui concerne l'indépendance devant caractériser les juridictions appelées à interpréter et à appliquer le droit de l'Union ». Cette disposition est, partant, d'effet direct (point 146 de l'arrêt *A. B.*). Elle a ainsi jugé que les dispositions du droit de l'Union invoquées par les juridictions de renvoi devaient être interprétées comme s'opposant à de telles mesures nationales. Tout en donnant des critères et des éléments précis pour guider ces juridictions dans l'appréciation de ces mesures au regard du droit de l'Union, la Cour de justice précise cependant, de manière systématique, que « l'appréciation finale des faits ainsi que l'application et l'interprétation du droit national revenant, dans le cadre d'une procédure visée à l'article 267 du TFUE, à la seule juridiction de renvoi, c'est à celle-ci qu'il apparten[t] de déterminer, de manière définitive, les conséquences concrètes découlant », dans la procédure pendante devant le juge national, des principes que la Cour rappelle (point 66 de l'arrêt C-615/20).

Si la juridiction de renvoi estime, au terme de son analyse et à l'aune des critères posés par la Cour de justice, que l'indépendance et l'impartialité des organes en question ne sont pas garanties, elle doit écarter les règles nationales en cause, le principe de primauté imposant au juge national de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire au droit de l'Union qui est d'effet direct dans le litige dont il est saisi (point 161 de l'arrêt C-585/18, par exemple).

Dans ce contexte, la Cour de justice a clairement rappelé son office dans le cadre du renvoi préjudiciel. La procédure de l'article 267 du TFUE ne vise pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un litige pendant devant les juridictions nationales et dans le cadre duquel celles-ci sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération l'arrêt préjudiciel¹⁹.

17. CJUE, 19 novembre 2019, *A. K.*, C-585/18, C-624/18 et C-625/18 ; 2 mars 2021, *A. B.*, C-824/18 ; 6 octobre 2021, *W. Ž.*, C-487/19 ; 13 juillet 2023, *YP*, C-615/20 et C-671/20.

18. CJUE, 21 décembre 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa*, C-718/21.

19. CJUE, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz*, C-558/18 et C-563/18, points 44 et 46.

Ainsi que la Cour de justice l'a relevé elle-même, dans ce contexte, « alors que, dans le cadre du recours en manquement, la Cour doit vérifier si la mesure ou la pratique nationale contestée par la Commission ou un autre État membre est, d'une manière générale et sans qu'il soit nécessaire qu'il existe un contentieux y relatif porté devant les juridictions nationales, contraire au droit de l'Union, la mission de la Cour, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, est, en revanche, d'assister la juridiction de renvoi dans la solution du litige concret pendant devant elle » (point 47 de l'arrêt *Miasto Łowicz*). Le recours en manquement s'est donc avéré un instrument complémentaire efficace pour défendre l'État de droit dans le cas polonais, quatre arrêts ayant été prononcés dans ce contexte.

Les premières mesures nationales qui ont fait l'objet d'arrêts en manquement ont été celles portant sur l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême et des juridictions de droit commun, ainsi que sur les conditions relatives à la prolongation de l'exercice de leurs fonctions. Avant de prononcer son premier arrêt, en date du 24 juin 2019, la Cour avait ordonné en référé à la Pologne de suspendre l'application de toutes les mesures concernées et de prendre toute mesure nécessaire afin d'assurer que les juges de la Cour suprême puissent continuer à exercer leurs fonctions²⁰.

133

Dans cet arrêt portant sur la Cour suprême²¹, la Cour de justice a relevé notamment que la Pologne n'a pas avancé de raison objective pour laquelle, aux fins d'aligner l'âge du départ à la retraite des juges de cette juridiction sur l'âge général de la retraite applicable à l'ensemble des travailleurs dans cet État membre, il était nécessaire de prévoir une mise à la retraite d'office des juges sous réserve d'une continuation de l'exercice de leurs fonctions décidée d'une manière discrétionnaire par le président de la République, alors que, pour le reste des travailleurs, le départ à la retraite à l'âge prévu par la loi à cet égard est facultatif (point 90). Elle a également considéré, conformément à une jurisprudence précédente, que des dispositions nationales procédant à un abaissement immédiat et considérable de la limite d'âge de cessation obligatoire d'activité de juge, sans prévoir des mesures transitoires de nature à protéger la confiance légitime des personnes concernées en exercice lors de l'entrée en vigueur de ces dispositions, ne respectent pas le principe de proportionnalité (point 91).

S'agissant du pouvoir attribué au président de la République de décider ou non d'accorder une prolongation de l'exercice des fonctions judiciaires au-delà de l'âge du départ à la retraite des juges de la Cour suprême

20. CJUE, ordonnance du 17 décembre 2018, *Commission c. Pologne*, C-619/18 R.

21. CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619/18.

134 polonaise, la Cour de justice a souligné que, lorsque les États membres optent pour un tel mécanisme, « il importe de s'assurer que les conditions de fond et les modalités procédurales présidant à l'adoption de telles décisions soient telles qu'elles ne puissent pas faire naître, dans l'esprit des justiciables, des doutes légitimes quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent » (point 111). Elle a relevé que la décision du président de la République en cause, qui ne doit pas être motivée, revêt un caractère discrétionnaire, en ce que son adoption n'est, en tant que telle, encadrée par aucun critère objectif et vérifiable. En outre, une telle décision ne peut pas faire l'objet d'un recours juridictionnel » (point 114). Par ces motifs, la Cour de justice a déclaré, sur les deux aspects contestés, que la République de Pologne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE.

Pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, dans son arrêt du 5 novembre 2019, la Cour a jugé que, en habilitant son ministre de la Justice à autoriser ou non la continuation de l'exercice des fonctions des magistrats du siège des juridictions de droit commun polonaises au-delà du nouvel âge de départ à la retraite desdits magistrats, le même État membre avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cet article 19, paragraphe 1, second alinéa²².

Les autres mesures de droit polonais précédemment évoquées ont également fait l'objet, dans leur ensemble, de deux arrêts en manquement prononcés par la Cour de justice. Elles ont toutes été déclarées contraires, soit au seul article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE dans l'arrêt du 15 juillet 2021 (par exemple, les dispositions portant sur la chambre disciplinaire de la Cour suprême en ce qu'elles ne garantissaient pas l'indépendance et l'impartialité de cette chambre)²³, soit aux dispositions combinées de cet article 19, paragraphe 1, second alinéa, et de l'article 47 de la Charte, ainsi que de l'article 267 du TFUE dans l'arrêt du 5 juin 2023 (par exemple, les dispositions permettant de qualifier d'infraction disciplinaire l'examen du respect des exigences de l'Union relatives à un tribunal indépendant et impartial établi préalablement par la loi)²⁴.

22. CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18.

23. CJUE, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-791/19.

24. CJUE, 5 juin 2023, *Commission c. Pologne*, C-204/21. Par ordonnance du 14 juillet 2021 (C-204/21R), la vice-présidente de la Cour avait ordonné à la Pologne de suspendre, jusqu'au prononcé de cet arrêt, l'ensemble des mesures nationales contestées par la Commission, puis, par ordonnance du 27 octobre 2021 (C-204/21R), le vice-président de la Cour a condamné la Pologne à payer à la Commission une astreinte d'un montant de 1 000 000 euros par jour à

Les autres réglementations contestées

Le cas polonais est donc le plus symptomatique des atteintes portées à l'État de droit et à l'indépendance des juges. La Cour de justice a cependant été confrontée à d'autres réglementations nationales, notamment à la suite des questions préjudicielles posées par des juridictions roumaines sur la compatibilité, avec le droit de l'Union, des conditions de nomination aux postes de direction d'un organe judiciaire chargé de mener des enquêtes disciplinaires et d'exercer l'action disciplinaire à l'encontre des juges et des procureurs, de la création d'une section spécialisée du ministère public disposant d'une compétence exclusive pour mener des enquêtes sur les infractions commises par les juges et les procureurs, des règles nationales régissant la responsabilité patrimoniale de l'État et la responsabilité personnelle des juges au titre des dommages causés par une erreur judiciaire²⁵, ou encore de la responsabilité disciplinaire que les juges risquaient d'encourir en cas de non-respect des arrêts de la Cour constitutionnelle roumaine²⁶.

Dans ce contexte, la Cour de justice a tenu à rappeler que, pour qu'une juridiction nationale satisfasse pleinement les exigences d'indépendance et de respect de l'État de droit, elle doit pouvoir faire, « au moment même de l'application du droit de l'Union, tout ce qui est nécessaire pour écarter une réglementation ou une pratique nationale formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes d'effet direct de ce droit²⁷ ». C'est ainsi que la Cour a jugé que la pratique nationale consistant à priver les juridictions roumaines de droit commun de la possibilité d'apprécier la compatibilité d'une loi nationale avec le droit de l'Union, quand la Cour constitutionnelle a préalablement reconnu la compatibilité de cette loi nationale avec la Constitution, est contraire à l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE.

Enfin, un arrêt du 11 juillet 2024 témoigne de la permanence de réglementations nationales pour le moins contestables au vu des standards de l'État de droit, tels que définis par le législateur de l'Union et par la Cour de justice sur la base des dispositions des traités²⁸. Et ce, même si les origines « idéologiques » de ces réglementations peuvent être antagonistes. La réglementation nationale en cause fait partie de la loi croate relative à

compter de la date de la notification de cette deuxième ordonnance et jusqu'au jour où la Pologne se conforme aux obligations découlant de la première.

25. Sur ces trois aspects, cf. CJUE, 18 mai 2021, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România »*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 et C-397/19.

26. CJUE, 21 décembre 2021, *Euro Box Promotion*, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19.

27. CJUE, 22 février 2022, *RS*, C-430/21, point 62.

28. CJUE, 11 juillet 2024, *Hann-Invest*, C-554/21, C-622/21 et C-727/21.

l'organisation juridictionnelle et vise notamment à l'unification de la jurisprudence. À cette fin, elle prévoit un mécanisme interne à une juridiction nationale conformément auquel, d'une part, une décision juridictionnelle ne peut être expédiée aux parties aux fins de clôturer l'affaire concernée que si un juge de l'enregistrement, qui ne fait pas partie de la formation de jugement ayant adopté cette décision, approuve le contenu de ladite décision et, d'autre part, une réunion de section de cette juridiction nationale a la compétence d'adopter des « positions juridiques » qui s'imposent à l'ensemble des chambres ou juges de ladite juridiction (point 43).

136 Après avoir souligné que toute mesure ou pratique nationale visant à éviter des divergences jurisprudentielles ou à y remédier et à assurer ainsi la sécurité juridique inhérente au principe de l'État de droit doit être conforme aux exigences découlant de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, du TUE (point 48), la Cour de justice a constaté notamment qu'une telle réglementation permet au juge de l'enregistrement d'exercer son influence sur le contenu de décisions juridictionnelles rendues par des formations de jugement dont il ne fait pas partie (point 67). Ces décisions ne peuvent être considérées comme étant définitives et être expédiées aux parties que si leur contenu est approuvé par un tel juge d'enregistrement, « ce qui n'est pas conciliable avec les exigences inhérentes au droit à une protection juridictionnelle effective » (point 69).

L'article 19, paragraphe 1, second alinéa, a ainsi été interprété en ce sens qu'il s'oppose à une telle réglementation. Une nouvelle fois, mais dans un contexte très différent des cas précédents, la Cour de justice a exploité les potentialités que l'introduction de cette disposition juridique dans le droit de l'Union offre pour la défense de l'État de droit.

R É S U M É

*La Cour de justice de l'Union européenne s'est imposée comme un acteur incontournable pour défendre l'État de droit, tout particulièrement en réaction aux atteintes à l'indépendance du pouvoir judiciaire au niveau des États membres. Depuis 2018 et son important arrêt *Juizes Portugueses*, la Cour joue ce rôle, avant tout à la demande des juridictions nationales, par la voie du renvoi préjudiciel et dans le cadre des recours en manquement introduits par la Commission, « gardienne des traités » de l'Union dans les cas les plus préoccupants, comme celui de la Pologne.*

CHRONIQUES

PIERRE ASTIÉ
DOMINIQUE BREILLAT
CÉLINE LAGEOT*

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} OCTOBRE – 31 DÉCEMBRE 2024)

139

ALLEMAGNE

16 décembre 2024. **Crise politique.** La coalition fédérale entre sociaux-démocrates, libéraux et Verts connaît des dissensions liées aux difficultés économiques. Les appels à assouplir le « frein à la dette » inscrit dans la Loi fondamentale se multiplient.

Le chancelier Scholz décide d'engager sa responsabilité sur une question de confiance, espérant un vote négatif qui pourrait permettre la dissolution du Bundestag. Le 16 décembre, la confiance lui est en effet refusée : 207 députés votent pour, 394 votent contre et 116 s'abstiennent, dont les écologistes. Les élections doivent se tenir le 23 février 2025.

19 décembre 2024. **Cour constitutionnelle.** Le Bundestag se prononce en faveur d'une réforme visant à protéger

la Cour de Karlsruhe en intégrant dans la Loi fondamentale sa structure et le mode de désignation des juges.

CORÉE DU SUD

3-4 et 26 décembre 2024. **Loi martiale. Président. Destitution.** Le président Yoon Suk-yeol, 64 ans, Pouvoir au peuple, en poste depuis le 10 mai 2022, ultraconservateur, proclame, le 3 décembre, la loi martiale pour protéger le pays « des forces communistes nord-coréennes ». Des milliers de personnes protestent devant l'Assemblée nationale. Le lendemain, les députés votent la levée de la loi martiale et l'opposition tente de faire destituer le chef de l'État.

Le 14 décembre, le président Yoon est suspendu de ses fonctions, le temps que la Cour constitutionnelle se prononce sur la validité de la procédure. Le Premier ministre, Han Duck-soo, 75 ans, assure

* Centre d'études et de coopération juridique interdisciplinaire-Université de Poitiers (CECOJI-UP) – EA7353.

l'intérim. Le président déchu risque la peine de mort ou la prison à vie.

Le 26 décembre, le président par intérim fait à son tour l'objet d'une motion de destitution, après avoir refusé de nommer des candidats de l'opposition jugés à la Cour constitutionnelle. La destitution est votée par 192 députés. Le vice-Premier ministre, Choi Sang-mok, 61 ans, indépendant, assure l'intérim.

ÉTATS-UNIS

140

1^{er} et 17 octobre, 1^{er} et 21 novembre, 3, 18, 19 et 23 décembre 2024. **Peine de mort.** Sept condamnés à mort sont exécutés : Garcia Glen White, 61 ans, le 1^{er} octobre, au Texas, pour un triple meurtre ; Derrick Ryan Dearman, 36 ans, le 17 octobre, en Alabama, pour le meurtre de cinq personnes en 2016 ; Richard Moore, 59 ans, le 1^{er} novembre, en Caroline du Sud, pour meurtre ; Carey Dale Grayson, 50 ans, le 21 novembre, en Alabama, pour le meurtre d'une autostoppeuse ; Christopher Leroy Collings, 49 ans, le 3 décembre, dans le Missouri, pour viol et meurtre ; Joseph Edward Corcoran, 49 ans, le 18 décembre, dans l'Indiana, pour un quadruple meurtre ; Kevin Ray Underwood, 45 ans, le 19 décembre, dans l'Oklahoma, pour le meurtre d'un enfant.

Le 23 décembre, Joe Biden annonce avoir commué la peine de trente-sept condamnés à mort.

5 novembre 2024. **Avortement.** Dix États se prononcent par référendum sur la reconnaissance du droit à l'IVG. En Floride, le « oui » n'atteint pas les 60 % requis (57,1 %). Le résultat est également négatif dans le Nebraska (58,6 % de « non ») et le Dakota du Sud (58,2 % de « non »). En

revanche, le « oui » l'emporte dans les sept autres États : Maryland (74,1 %), Nevada (63,8 %), New York (61,8 %), Colorado (61,5 %), Arizona (61,4 %), Montana (57,2 %) et Missouri (51,6 %).

5 novembre 2024. **Élection présidentielle, législatives et gubernatoriales.** L'élection se joue dans sept États clés : Arizona, Caroline du Nord, Géorgie, Michigan, Nevada, Pennsylvanie et Wisconsin. La moitié des Américains ont voté de façon anticipée.

Donald Trump l'emporte sans ambiguïté, 31 États lui donnant 312 des 538 « *great electors* », contre 226 à Kamala Harris, apportés par 19 États ainsi que le District de Columbia.

Plutôt qu'un plébiscite pour Donald Trump, il faut voir là un effondrement du camp démocrate, Kamala Harris n'étant pas parvenue à se départir de l'image de la présidence de Joe Biden pour convaincre les États pivots. Le candidat républicain a certes enregistré une progression dans 80 % des comtés, y compris ceux traditionnellement affiliés au Parti démocrate, mais ses gains par rapport à l'élection de 2020 sont nettement inférieurs aux pertes subies par les démocrates.

La progression de Donald Trump est notamment le fait de l'évolution des électors noirs, hispaniques et asiatiques, qui ont glissé plus à droite que le reste de la population. Le taux d'abstention des minorités ethniques a également progressé. Huit ans après l'élection qui le porta pour la première fois au pouvoir, Donald Trump, avec 49,8 % des voix contre 48,3 % à Kamala Harris, peut s'enorgueillir cette fois-ci d'avoir remporté le vote populaire. La « *working class* » a majoritairement voté pour lui.

Élection présidentielle aux États-Unis

Suffrages exprimés	155 238 302		
<i>Candidats</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>grands électeurs</i>
Donald Trump (avec James Vance), Parti républicain	77 302 580	49,80	312
Kamala Harris (avec Tim Walz), Parti démocrate	75 017 613	48,32	226
Autres	2 918 109	1,88	0

Au Sénat, les républicains ont la majorité absolue : gagnant quatre sièges, ils atteignent 53 élus ; les démocrates, obtenant un siège supplémentaire, en ont 47 (dont deux indépendants).

La Chambre des représentants compte désormais 220 républicains contre 215 démocrates.

141

Élections législatives aux États-Unis

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS			
Suffrages exprimés	149 204 425		
<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
Parti républicain	74 828 695	50,15	220 (- 2)
Parti démocrate	70 786 203	47,44	215 (+ 2)
Autres	3 589 527	2,41	0
SÉNAT			
Suffrages exprimés	113 998 179		
<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
Parti républicain	54 402 264	47,72	53 (+ 4)
Parti démocrate	55 934 581	49,07	45 (- 3)
Indépendants	1 302 089	1,14	2 (- 1)
Autres	2 359 245	2,07	0

Des élections gubernatoriales ont également lieu dans onze États. À leur issue, il y a toujours, au total, 27 gouverneurs républicains et 23 gouverneurs démocrates.

10 novembre-4 décembre 2024.
Administration. Au mépris de l'État de droit, Donald Trump a demandé, dès le 10 novembre, aux sénateurs

républicains de le dispenser de soumettre à leur approbation les nominations qu'il effectuera, notamment au sein de son cabinet. Cette requête est cependant vouée à l'échec.

Parmi les nominations proposées par le président élu, on remarque en particulier : Marco Rubio, 53 ans, sénateur de Floride, favorable à des sanctions américaines contre l'Iran, comme secrétaire

d'État ; Tulsi Gabbard, 43 ans, ancienne militaire sans expérience en matière de renseignement, prorusse, passée des démocrates aux républicains, pour diriger le renseignement ; Robert Kennedy Jr., 71 ans, neveu de JFK, ancien avocat en droit de l'environnement, complotiste, vaccinosceptique, candidat à l'élection présidentielle s'étant retiré au profit de Donald Trump, comme secrétaire à la Santé et aux Services humains ; Chris Wright, 59 ans, homme d'affaires dirigeant Liberty Energy, entreprise spécialisée dans la fracturation hydraulique, climatosceptique, comme secrétaire à l'Énergie ; Linda McMahon, 76 ans, ex-vice-présidente de la fédération de catch WWE, comme secrétaire à l'Éducation ; Scott Bessent, 62 ans, fondateur du fonds d'investissement alternatif Key Square Capital Management, comme secrétaire au Trésor ; Jared Isaacman, 41 ans, homme d'affaires, astronaute milliardaire qui s'est lancé dans le développement de missions spatiales privées, à la tête de la NASA.

Le 19 novembre, Donald Trump confie à Mehmet Oz, 64 ans, ancien chirurgien, star des plateaux de télévision, la gestion des programmes publics d'assurance-maladie tels que Medicare et Medicaid.

Elon Musk, 53 ans, considéré comme l'homme le plus riche du monde, est désigné pour assurer « l'efficacité gouvernementale » et « démanteler la bureaucratie gouvernementale ». Il assumera ce rôle avec l'ancien candidat à la primaire républicaine Vivek Ramaswamy, 39 ans, entrepreneur milliardaire.

25 novembre et 30 décembre 2024. **Président. Statut.** Le procureur spécial Jack Smith, qui instruit deux procédures fédérales contre Donald Trump, estime, le 25 novembre, qu'il est

impossible de poursuivre un président en exercice. Le président élu échappe donc aux poursuites relatives à l'assaut du Capitole.

Le 30 décembre, la justice civile confirme que Donald Trump devra payer 5 millions de dollars à une autrice qu'il avait agressée sexuellement dans les années 1990 et diffamée plus de vingt ans après. Malgré l'abandon de deux procédures pénales depuis sa réélection, il reste susceptible d'être poursuivi dans au moins trois affaires au civil.

1^{er} décembre 2024. **Grâce présidentielle.** Le président Joe Biden accorde une grâce « pleine et inconditionnelle » à son fils Hunter, 54 ans, considérant que les poursuites ont été menées de « façon sélective et injuste ». Celui-ci avait été condamné en juin par un jury fédéral dans le Delaware, pour achat et détention d'armes à feu alors qu'il était sous la dépendance de la drogue et avait menti dans le formulaire d'acquisition.

L'ampleur de cette grâce est historique. La seule qui soit comparable est celle accordée, en 1974, par Gerald Ford à Richard Nixon.

LIBAN

8 octobre-27 novembre 2024. **Israël. Palestiniens. Hezbollah.** L'armée israélienne annonce, le 1^{er} octobre, avoir lancé une offensive au sol dans le sud du pays. Trois jours plus tard, Beyrouth et la principale route menant en Syrie sont bombardés.

Le 8 octobre, Benyamin Netanyahu menace le Liban d'une guerre comme celle à Gaza. Le conflit entre Israël et le Hezbollah fait des milliers de morts et près d'un million de déplacés.

Le 27 novembre, une trêve entre en vigueur pour une période « transitoire »

de soixante jours. L'accord en treize points reprend l'essentiel de la résolution 1701 des Nations unies, adoptée en 2006 pour renforcer le rôle de l'armée libanaise. Malgré la trêve, Israël déclare avoir mené une frappe contre une installation du Hezbollah.

PALESTINE

Octobre-décembre 2024. **Israël, Gaza.** Le 17 octobre, l'armée israélienne annonce avoir tué celui qui était le chef du Hamas depuis le 13 mars 2017, Yahya Sinwar, 61 ans, considéré comme l'un des cerveaux de l'attaque du 7 octobre 2023. Elle l'avait visé sans connaître son identité.

Le 28 octobre, la Knesset adopte deux projets de loi mettant fin aux activités de l'Office de secours et de travaux des Nations unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient. Le premier, adopté par 92 voix contre 10, interdit les activités de l'UNRWA sur le « territoire souverain » israélien et donc à Jérusalem-Est ; le second, adopté par 87 voix contre 9, suspend tout contact entre Israël et l'UNRWA.

Le 21 novembre, la Cour pénale internationale émet des mandats d'arrêt contre le Premier ministre israélien, Benjamin Netanyahu, son ex-ministre de la Défense Yoav Gallant et le chef de la branche armée du Hamas, Mohammed Deif, présumé mort le 13 juillet 2024, pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Les États-Unis rejettent la décision ainsi que toute la classe politique israélienne.

Le 16 décembre, le ministre de la Défense israélien, Israël Katz, déclare que « les négociateurs n'ont jamais été aussi proches d'un accord » et le Hamas évoque des « discussions sérieuses et positives ». Les pressions de Donald Trump ont eu une incidence sur ces avancées.

Au 23 décembre, selon le ministère de la Santé du Hamas, le bilan total est de 45 317 morts.

SYRIE

27 novembre-8 décembre 2024. **Guerre civile.** Des djihadistes du groupe Hayat Tahrir al-Cham (Organisation de libération du Levant, HTC), mené par Abou Mohammed al-Joulani (nom de guerre d'Ahmed al-Charaa), 42 ans, lancent, le 27 novembre, une offensive dans le nord de la Syrie, faisant plus de cent quarante morts. Trois jours après, ils s'emparent d'Alep, deuxième ville du pays. Le 4 décembre, ils sont aux portes de Hama, qui tombe le lendemain. Le 8 décembre, juste après la prise de Damas, Bachar al-Assad, 59 ans, parti Baas, président depuis le 7 juillet 2000, quitte le pays pour la Russie.

Le 10 décembre, Mohammed al-Bachir, 41 ans, HTC, leader du bastion rebelle d'Idlib, ingénieur, déclare avoir été nommé chef d'un gouvernement de transition jusqu'au 1^{er} mars 2025.

Le 12 décembre, le groupe HTC promet un « État de droit ». On annonce que la Constitution et le Parlement sont suspendus pendant la période transitoire.

Le 29 décembre, lors de sa première interview, Ahmed al-Charaa évoque la tenue d'élections dans quatre ans.

UKRAINE

Octobre-décembre 2024. **Russie.** Le 16 octobre, le président Zelensky présente au Parlement son « plan pour la victoire », qui comporte cinq axes : inviter Kiev à rejoindre l'OTAN ; renforcer la défense ; déployer des moyens de dissuasion non nucléaires ; partager avec les alliés le potentiel économique national ;

remplacer, après la guerre, les contingents militaires américains en Europe par des unités ukrainiennes.

La Corée du Nord décide d'envoyer des « troupes importantes » pour combattre aux côtés de la Russie en Ukraine. Il y aurait dix mille soldats.

Le 24 octobre, lors de la réunion des BRICS à Kazan, le secrétaire général des Nations unies, António Guterres, appelle à une « paix juste ». Il y rencontre Vladimir Poutine et « répète sa position selon laquelle l'invasion russe de l'Ukraine » est une « violation » du droit international.

144 Le 15 novembre, le chancelier Scholz fait savoir qu'il a parlé au téléphone avec Vladimir Poutine, « condamnant la guerre d'agression russe contre l'Ukraine » et lui demandant de démontrer que la Russie « serait prête à des négociations sérieuses avec l'Ukraine dans le but de parvenir à une paix juste et durable ». C'est le premier échange formel depuis deux ans entre un dirigeant occidental et le président russe. Informé auparavant, Volodymyr Zelensky s'est montré très irrité.

Le 20 novembre, Vladimir Poutine prend un décret qui élargit la possibilité d'un recours à l'arme atomique en cas d'attaque « massive » par un pays non nucléarisé mais soutenu par une puissance nucléaire.

Le 29 novembre, le président Zelensky se déclare prêt à des concessions. Kiev et Moscou sont confrontés à une pénurie de soldats, l'armée ukrainienne constatant notamment une forte augmentation des « abandons de poste » sur le front.

UNION EUROPÉENNE

2 et 7 octobre 2024. CJUE. **Composition.** Le 2 octobre, les représentants des États membres nomment neuf juges et un

avocat général auprès de la Cour de justice. Deux autres juges sont nommés au sein de la Cour, ainsi que sept au sein du Tribunal.

Le 7 octobre, le juge et professeur belge Koen Lenaerts, 70 ans, est réélu président de la CJUE, fonction qu'il exerce depuis le 8 octobre 2015 ; l'Allemand Thomas von Danwitz, 62 ans, professeur de droit, devient vice-président, le Danois Lars Bay Lartsen, 71 ans, en fonction depuis le 8 octobre 2021, quittant la Cour ; le Polonais Maciej Szpunar, 53 ans, avocat, est réélu premier avocat général, fonction exercée depuis le 11 octobre 2018.

19 novembre 2024. CJUE. **Élections municipales et européennes.** La Cour juge que l'existence d'un critère de nationalité pour intégrer un parti politique constitue une rupture de l'égalité de traitement des ressortissants européens, considérant qu'ils doivent pouvoir être élus aux élections municipales et européennes. De ce fait, les législations tchèque et polonaise contreviennent au droit de l'Union.

1^{er} décembre 2024. **Commissaires.** Trois nominations posent problème, celles du Hongrois Olivér Várhelyi, de l'Espagnole Teresa Ribera et de l'Italien Raffaele Fitto. La seconde notamment est menacée par les conservateurs, qui la mettent en cause au sujet des inondations en Espagne.

Le vote final sur la Commission a lieu le 27 novembre, mais la majorité est plus réduite qu'espéré avec 370 voix contre 282 et 36 abstentions, soit 53,8 % des voix. C'est la majorité la plus étroite depuis le premier vote sur la composition de la Commission, en 1994.

La Commission compte seize hommes et onze femmes. Quinze de

ses membres sont issus du PPE, quatre des sociaux-démocrates, quatre de Renew, un des Conservateurs et réformistes (extrême droite) ; trois sont non inscrits.

Ursula von der Leyen nomme vice-président exécutif le controversé Raffaele Fitto, postfasciste.

La Commission nouvelle prend ses fonctions le 1^{er} décembre.

1^{er} décembre 2024. **Présidence du Conseil. Haute représentante.** L'ancien Premier ministre portugais António Costa, 63 ans, socialiste, devient président du Conseil européen, succédant au Belge Charles Michel, 49 ans, Mouvement réformateur, avocat, en fonction depuis le 1^{er} décembre 2019.

L'ex-Première ministre estonienne Kaja Kallas, 47 ans, Parti de la réforme, avocate, est nommée haute représentante pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, à la suite de l'Espagnol Josep Borrell, 77 ans, socialiste, ingénieur, en fonction depuis le 1^{er} décembre 2019.

17 décembre 2024. **Médiatrice européenne.** L'ancienne médiatrice adjointe du Portugal Teresa Anjinho, 50 ans, CDS-Parti populaire, est élue médiatrice européenne, pour un mandat de cinq ans. Elle succédera le 27 février 2025 à l'Irlandaise Emily O'Reilly, 67 ans, journaliste, en fonction depuis le 1^{er} octobre 2013.

12 décembre 2024. **Schengen.** Les États membres donnent leur accord à l'adhésion complète, à compter du 1^{er} janvier 2025, de la Bulgarie et de la Roumanie à l'espace Schengen.

ET AILLEURS

1^{er} octobre. Mark Rutte, 57 ans, ancien Premier ministre néerlandais, prend ses fonctions de secrétaire général de l'OTAN en réaffirmant fortement la nécessité de soutenir l'Ukraine.

30 octobre. Une alternance exemplaire a lieu au Botswana, la Coalition pour un changement démocratique l'emportant face au Parti démocratique, qui dominait la vie politique depuis l'indépendance, en 1966.

Au Mexique, huit des onze juges de la Cour suprême présentent leur démission pour protester contre une réforme prévoyant l'élection de tous les magistrats par un vote populaire.

3 novembre. Devant choisir entre l'Union européenne et la Russie, les Moldaves approuvent, à une très faible majorité de « oui », l'inscription de l'objectif européen dans la Constitution.

11 novembre. Au Japon, après des élections anticipées, Shigeru Ishiba est réélu Premier ministre, à la tête d'un gouvernement minoritaire.

3 décembre. En Géorgie, la Cour constitutionnelle rejette le recours de la cheffe de l'État pour faire invalider les élections législatives, celle-ci dénonçant une « opération » orchestrée par Moscou dans un vote aux allures de référendum sur l'Union européenne.

6 décembre. En Roumanie, la Cour constitutionnelle invalide l'élection présidentielle à moins de quarante-huit heures du second tour, en raison d'ingérences russes et de dérives sur le réseau social TikTok.

31 décembre. Au Zimbabwe, le président de la République abolit par décret la peine de mort. Il s'agit du 30^e pays abolitionniste en Afrique et du 127^e dans le monde.

JEAN GICQUEL
JEAN-ÉRIC GICQUEL

CHRONIQUE
CONSTITUTIONNELLE
FRANÇAISE

(1^{er} OCTOBRE – 31 DÉCEMBRE 2024)

147

REPÈRES

- 1^{er} octobre.* Les propos de M. Retailleau, ministre de l'Intérieur, sur l'État de droit sèment le trouble au sein des parlementaires soutenant le gouvernement Barnier.
- 2 octobre.* La cour d'appel de Versailles relaxe M. Guéant, ancien ministre, candidat aux élections législatives de 2012, à propos de son compte de campagne, à l'origine d'une escroquerie.
- 4 octobre.* « Les Français auront à subir une politique dont ils ne voulaient pas », observe M. Cazeneuve, ancien Premier ministre de M. Hollande (entretien au *Monde*).
- 7 octobre.* Mme Marion Maréchal, députée européenne, lance son mouvement politique « Identité-Libertés ». En hommage aux victimes du 7 Octobre, la tour Eiffel s'éteint à 23 h 45.
Une demande de reversement de 300 000 euros, en date du 8 juillet dernier, a été formulée par le Parlement européen à l'égard de M. Le Pen, pour mésusage de ses frais de mandat d'eurodéputé. L'intéressé a annoncé déposer un recours devant le tribunal de l'Union européenne.
- 11 octobre.* L'agence de notation Fitch conserve à la dette française la note AA -, mais elle l'assortit d'une « perspective négative ».
Le préfet de la Martinique déclare le couvre-feu, en réaction aux émeutes contre la vie chère.
- 14 octobre.* Journée de recueillement en l'honneur des professeurs Dominique Bernard et Samuel Paty, en présence de M. Barnier, à Conflans-Sainte-Honorine, victimes du terrorisme.
- 15 octobre.* La Cour de cassation rejette la demande de rétablissement de l'honneur au profit de Jacques Fesch, les gages d'amendements n'ayant pas été considérés comme suffisants.
- 20 octobre.* Un record d'impopularité pour le président Macron est

- atteint : 78 % de personnes mécontentes (sondage Ifop pour *Le Journal du dimanche*).
- 22 octobre. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans l'affaire des indépendantistes calédoniens de la Cellule de coordination des actions de terrain (CCAT), emprisonnés en métropole, renvoie la cause et les partis devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nouméa autrement composée.
- 25 octobre. Depuis la dissolution manquée de l'Assemblée nationale, la crise de confiance entre les élus et les Français s'amplifie : 85 % de ceux-ci considèrent que leur vote n'a pas été respecté (sondage Odoxa-Backbone pour *Le Figaro*). L'agence de notation Moody's n'abaisse pas, dans l'immédiat, la note de la France relative à sa dette (Aa2), tout en y ajoutant une « perspective négative » dans le semestre à venir.
- 29 octobre. Devant le Parlement marocain, le président Macron se prononce, en guise de réconciliation, pour un « nouveau cadre stratégique » avec Rabat.
- 5 novembre. L'ex-président du conseil régional de La Réunion est condamné pour concussion et prise illégale d'intérêts à huit mois de prison avec sursis, 100 000 euros d'amende et cinq ans d'inéligibilité. Il a fait appel.
- 7 novembre. Regain de tensions entre la France et Israël lors de la venue du ministre des Affaires étrangères dans l'un des quatre domaines français à Jérusalem, l'Éléona. Des membres des forces de sécurité israéliennes y entrent, armés, sans l'autorisation des autorités françaises. Plus tard, des gendarmes affectés au consulat général de France sont brièvement arrêtés par la police israélienne.
- 8 novembre. Mme Yaël Braun-Pivet, présidente de l'Assemblée nationale, est chahutée à l'occasion d'une conférence à l'université Jean-Moulin de Lyon.
- 9 novembre. Le président du Rassemblement national, M. Bardella, publie *Ce que je cherche* aux éditions Fayard.
- 11 novembre. Le président Macron commémore avec le Premier ministre britannique, M. Keir Starmer, l'armistice de 1918 à l'Arc de triomphe, quatre-vingts ans après le général de Gaulle aux côtés de Winston Churchill.
- 12 novembre. Selon BFMTV, M. Fillon, ancien Premier ministre, aurait présenté à l'Assemblée nationale un protocole d'accord relatif au versement, échelonné sur dix ans, d'une somme proche de 700 000 euros, correspondant aux dommages et intérêts qu'il doit acquitter solidairement avec son épouse et son ancien suppléant.
- 13 novembre. Le Premier ministre, M. Barnier, rend hommage aux victimes de l'attentat terroriste perpétré à Paris, au Bataclan, ce jour, en 2015. M. Kasbarian, ministre de la Fonction publique du gouvernement Barnier, félicite son « homologue », M. Elon Musk, de la future administration Trump, chargé de « l'efficacité gouvernementale » afin de « démanteler la bureaucratie gouvernementale ». La Cour de cassation rejette le pourvoi de M. M'jid El Guerrab, ancien député (*La République en marche*) (Français de l'étranger, 9^e), qui, en 2017, avait agressé violemment un militant socialiste. Il est condamné à trois d'emprisonnement, dont un ferme aménagé, et deux ans d'inéligibilité. Il avait, cependant, conservé son mandat jusqu'en 2022, quoique démissionnaire du PS.

- 19 novembre. Le journal *Ouest France*, le plus important de France, suspend son activité sur le réseau social X de M. Musk. Le groupe Sud-Ouest lui emboîte le pas.
- 23 novembre. M. Attal est élu avec 93,1 % des voix à la tête du parti Renaissance, par vote électronique. Il était candidat unique après le retrait de Mme Borne. Il en deviendra le secrétaire général, le 8 décembre, tout en assumant la présidence du groupe parlementaire.
- 26 novembre. Mme Hidalgo, maire socialiste de Paris, annonce qu'elle ne briguera pas un troisième mandat lors des élections municipales de 2026.
- 28 novembre. Pour la première fois, le tribunal canonique national condamne un prêtre (du diocèse de Tours) pour pédophilie.
- 29 novembre. Le Sénégal et le Tchad rompent leurs accords de coopération militaire avec la France, qui en prend acte.
Dernière visite de chantier du président Macron à la cathédrale Notre-Dame de Paris avant sa réouverture. Le Conseil d'État confirme la décision du directeur de l'IEP de Paris d'interdire la tenue dans ses locaux d'une conférence de la députée européenne Mme Rima Hassan (FI).
- 30 novembre. À l'unisson de Mmes Castets et Tondelier, M. Mélenchon se prononce pour l'unité de candidature à gauche, en vue de la prochaine élection présidentielle.
- 2 décembre. M. Bernard Arnault, patron de LVMH, est élu à l'Académie des sciences morales et politiques.
- 5 décembre. Selon l'enquête TIMSS, la France occupe encore la dernière place européenne en mathématiques pour les élèves de CM1 et de quatrième. Elle demeure aussi championne des inégalités en fonction de l'origine sociale de ceux-ci.
- 6 décembre. Au terme de vingt-cinq ans de négociations, un traité est signé à Montevideo (Uruguay) entre l'Union européenne, représentée par la présidente de la Commission européenne, et les États du Mercosur (Argentine, Bolivie, Brésil, Paraguay et Uruguay). À l'instar du Parlement, le président de la République, M. Macron, s'y oppose.
- 13 décembre. L'agence de notation Moody's dégrade d'un cran la note souveraine de la France, qui passe à « Aa3 », le jour même de la nomination du nouveau Premier ministre, M. Bayrou, en raison de sa « fragmentation politique ».
- 18 décembre. Le journal *Le Monde* fête le 80^e anniversaire de sa parution, avec son numéro daté du 19 décembre.
« Je me prépare à une présidentielle anticipée », déclare Mme Le Pen au *Parisien*.
La cour administrative d'appel de Bordeaux juge « illégales » quatre méga-bassines, dont celle de Sainte-Soline (Deux-Sèvres), qui avait cristallisé les tensions, en 2022, pour non-respect de l'outarde canepetière, espèce animale protégée.
- 20 décembre. La dette publique française culmine à 3 303 milliards d'euros, soit 113,7 % du PIB, selon l'Insee.
- 24 décembre. Le gouvernement calédonien, dirigé par M. Mapou, indépendantiste, démissionne.
- 31 décembre. L'année 2024 est la plus chaude jamais enregistrée depuis 1850 ; le seuil de + 1,5 °C de réchauffement est atteint.

AMENDEMENTS

- *Nouvelle variété d'irrecevabilité*. S'appuyant sur l'avis du Conseil d'État du 9 décembre aux termes duquel une loi

spéciale ne peut contenir de mesures nouvelles d'ordre fiscal, la présidente de l'Assemblée nationale a déclaré, le 16 décembre, irrecevables les amendements adoptés en commission des finances relatifs à l'indexation sur l'inflation du barème de l'impôt sur le revenu. Le président de la commission des finances, M. Coquerel (FI), sans contester formellement cette position, a toutefois estimé que « le domaine de la loi spéciale demeure un objet constitutionnel peu identifié, de sorte [...] qu'un autre arbitrage, laissant statuer le Conseil constitutionnel en dernier ressort, était envisageable ».

150

V. *Loi spéciale de finances. Lois financières.*

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Documentaire.* É. Lançon, « Assemblée nationale, anatomie d'une crise », France 2, 6-12.

– *Admonestation.* La présidente de l'Assemblée nationale a rappelé à l'ordre le gouvernement, le 21 octobre, sur les difficultés rencontrées par le Palais-Bourbon à obtenir, dans un délai décent, les différents documents budgétaires. Elle lui a solennellement demandé « de veiller à ce que les droits du Parlement soient davantage respectés ».

– *Bureau.* Nouveau signe des tensions au sein du bloc central, M. Iordanoff (Écologiste et social) (Isère, 5^e) a été élu, le 22 octobre, vice-président de l'Assemblée nationale – un poste auparavant détenu par une députée issue du groupe Droite républicaine, Mme Genevard, membre du gouvernement Barnier.

– *Collaborateur.* De manière inédite, un assistant de Mme Soudais (FI-NFP)

(Seine-et-Marne, 7^e) a été, le 24 octobre, interdit d'accès au palais Bourbon par l'administration de l'Assemblée nationale (*Le Parisien*, 26-10).

– *Composition.* M. Prevost (FI-NFP) (Isère, 1^{re}), après avoir été exclu de son groupe en raison d'accusations de violences sexuelles antérieures à son élection, a démissionné, le 16 octobre. L'organisation de l'élection législative partielle a immédiatement suscité des tensions. Mme Lucie Castets, candidate du NFP pour Matignon, a renoncé à se présenter, au regard de l'obligation fixée par FI de siéger, en cas de victoire, dans son groupe parlementaire. De son côté, M. Séjourné (EPR) (Hauts-de-Seine, 9^e) a démissionné, le 2 décembre, après sa nomination officielle à la Commission européenne.

Par ailleurs, les dix-huit députés membres du gouvernement Barnier ont été remplacés, à l'issue du délai d'option d'un mois, par leurs suppléants, le 22 octobre.

Enfin, M. Vuibert (sans étiquette mais ancien Renaissance) a remporté, le 8 décembre, une élection législative partielle (Ardennes, 1^{re}) (*JO*, 10-12).

– *Désignation des membres du bureau.* Le Conseil d'État se déclare incompétent pour apprécier la désignation par l'Assemblée nationale de son président et des autres membres de son bureau, eu égard à « la tradition constitutionnelle française de séparation des pouvoirs » (CE, 18 octobre 2024, *Mme Le Pen*).

– *Dissolution de juin 2024.* Par le biais d'un amendement gouvernemental au projet de loi de finances de fin de gestion pour 2024 déposé au Sénat, son coût final a été estimé à 19,5 millions d'euros. Il a été minoré de neuf millions par rapport à l'estimation initiale (cette *Chronique*, n° 192, p. 138).

– *Présidence.* Mme Abomangoli (FI-NFP) (Seine-Saint-Denis, 10^e) est la première femme de couleur à présider, le 21 octobre, une séance de l'Assemblée nationale.

V. *Bicamérisme. Commissions. Commissions d'enquête. Contentieux électoral. Déontologie. Groupes. Immunités parlementaires. Loi. Loi spéciale de finances. Lois financières. Ordre du jour. Parlement. Parlementaires en mission. Question au gouvernement. Résolutions. Responsabilité du gouvernement. Séance.*

BICAMÉRISME

– *Dessaisissement de l'Assemblée nationale.* Faute d'avoir respecté les délais constitutionnels impartis en matière de délibération de la loi de financement de la sécurité sociale et de la loi de finances de l'année 2025 (art. 47-1 et 47 C), le Sénat a été saisi par le gouvernement Barnier, les 5 et 12 novembre (cette *Chronique*, n° 186, p. 163).

V. *Lois financières.*

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Droit concordataire alsacien-mosellan.* Le décret 2024-945 du 17 octobre a modifié l'organisation synodale de l'Église protestante réformée d'Alsace et de Lorraine (*JO*, 20-10) (cette *Chronique*, n° 192, p. 136).

V. *Loi spéciale de finances. Ministres. Premier ministre.*

COMMISSIONS

– *Assemblée nationale.* Des remplacements ont été effectués, le 9 octobre, dans trois commissions pour pallier le

départ des titulaires devenus membres du gouvernement. Ont été élus Mme Trouvé (FI) (Seine-Saint-Denis, 9^e) aux affaires économiques, MM. Fuchs (Démocrates) (Haut-Rhin, 6^e) aux affaires étrangères et Valletoux (Horizons) (Seine-et-Marne, 2^e) aux affaires sociales. Ces élections ont provoqué des tensions politiques. D'une part, pour la commission des affaires économiques, entre les groupes EPR et DR, le premier accusant l'autre de n'avoir pas soutenu son candidat et *in fine* permis l'élection de la candidate FI. À cet égard, le Premier ministre a exprimé sa « préoccupation concernant la solidarité des différentes entités du socle commun, qui n'a finalement pas été au rendez-vous ». D'autre part, pour la commission des affaires sociales, le candidat officiel du PS, qui avait, lors des élections législatives de 2024, refusé l'étiquette « Nouveau Front populaire », n'a pas été soutenu par les députés FI et écologistes.

– *Commission spéciale.* Cette formation a été retenue à l'Assemblée nationale, le 15 octobre, afin d'examiner une proposition de loi organique portant réforme du financement de l'audiovisuel public, puis, le 7 novembre, pour le projet de loi de simplification de la vie économique.

– *Commissions mixtes paritaires.* La conférence des présidents de l'Assemblée nationale a rendu publique, le 15 octobre, leur composition, à savoir, pour les titulaires, deux représentants RN, un EPR, un FI, un socialiste, un DR et un, en alternance, écologiste, Démocrates ou Horizons.

– *Sénat.* Mme Jourda (LR) (Morbihan) est devenue, le 23 octobre, présidente

de la commission des lois à la place de M. Buffet, celui-ci ayant rejoint le gouvernement Barnier. C'est la première fois qu'une femme accède à cette responsabilité.

V. Assemblée nationale. Sénat.

COMMISSIONS D'ENQUÊTE

– *Bibliographie.* C. Righetti, *Les commissions d'enquête parlementaire. Étude comparée des expériences américaine, française et italienne*, thèse, Toulon, 2024.

152

– *Création.* La conférence des présidents de l'Assemblée nationale a pris acte de la création d'une commission d'enquête concernant, d'une part, le 3 décembre, l'organisation des élections en France (droit de tirage du groupe FI-NFP) et, d'autre part, le 17 décembre, la politique française d'expérimentation nucléaire (GDR). Par ailleurs, le 7 novembre, dans la foulée des conclusions de la « mission flash », une commission visant à faire la lumière sur les pratiques des industriels de l'eau embouteillée (s) a été instituée au Sénat.

– *Droit pour une personne convoquée à une audition de ne pas s'auto-incriminer.* Selon l'AFP, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a prononcé, le 19 novembre, le retrait, dans une enquête pénale visant le lobbyiste M. Jean-Pierre Duthion, soupçonné de corruption active à l'égard de journalistes et d'un député, de toute référence à une audition devant la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les ingérences des puissances étrangères (doc. parl. n° 1311). Tout laisse à penser qu'il a été reproché à la procédure en vigueur devant les assemblées de ne pas avoir indiqué préalablement

aux personnes convoquées qu'elles disposent du droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer.

– *Prérogatives.* En application de l'article 5 *ter* de l'ordonnance du 17 novembre 1958, des prérogatives ont été conférées à la commission des finances de l'Assemblée nationale, le 16 octobre, afin que celle-ci examine la dégradation des comptes publics. À titre de compromis politique, il a été acté, en conférence des présidents, le 16 octobre, que deux rapporteurs (l'un issu de la « majorité », l'autre de l'opposition) seraient affectés aux travaux.

– *Reconstitution.* L'Assemblée nationale a adopté, le 9 octobre, en séance publique (donc en dehors de l'exercice du droit de tirage d'un groupe d'opposition ou minoritaire), deux propositions de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête (d'une part, sur les violences commises dans les secteurs artistiques et, d'autre part, sur les manquements des politiques publiques de protection de l'enfance). En réalité, il s'agit de créations puisque ces commissions avaient été instituées au printemps dernier (cette *Chronique*, n° 191, p. 151), avant de voir leurs premiers travaux interrompus par la dissolution de l'Assemblée nationale. En pratique, il a donc été acté que l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 interdisant qu'une commission d'enquête puisse être reconstituée « avec le même objet avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la fin de [sa] mission » n'est pas applicable en cas de changement de législature. Autrement dit, « les décisions d'une nouvelle assemblée en matière de contrôle ne peuvent être liées par les choix effectués lors d'une législature précédente. Il appartient aux élus

de la législature nouvelle de déterminer souverainement les travaux d'évaluation et de contrôle » (doc. parl. n° 304).

– *Transmission à la justice.* Le bureau de l'Assemblée nationale a saisi, le 9 octobre, la justice de la situation de Mme Bergé, intervenue au moment des faits en tant qu'ancienne ministre des Solidarités et des Familles, en raison de soupçons de faux témoignage effectué devant la commission d'enquête sur les crèches privées, le 30 avril 2024.

V. *Assemblée nationale. Ministres.*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie. Rapport d'activité 2024*, septembre 2024 ; H. Y. Rajaonson, *Le Principe de responsabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2024 ; « L'enseignement » (dossier), *Titre VII*, n° 12, 2024 (en ligne) ; « Le contrôle de constitutionnalité des dispositions fiscales » (dossier), *RFDC*, n° 140, 2024, p. 969 ; entretien avec

Laurent Fabius, *JCPG*, 30-9 ; M. Verpeaux, « 8^e rapport d'activité du Conseil constitutionnel, le dernier publié sous la présidence de Laurent Fabius », *ibid.*

– *Chr. RFDC*, n° 138, n° 139 et n° 140, 2024, p. 497, 179 et 1101.

– *Audience foraine.* À la suite de la tenue d'audiences publiques portant sur les QPC n° 1112 et 1113 à la cour d'appel de Rennes, le 13 novembre, le président du Conseil s'est rendu, le 22 novembre, à la faculté de droit de l'université de Rennes, afin de détailler le contenu des décisions rendues publiques le même jour.

– *Comité d'histoire.* La réunion inaugurale a été tenue le 7 novembre. Les premiers travaux auront pour objet de faciliter l'accès à l'œuvre de Georges Vedel, d'encourager la recherche sur les travaux de Robert Badinter et de permettre la constitution d'archives orales du Conseil.

– *Décisions.* V. *tableau ci-après.*

-
- 4-10 1105 QPC, Information du fonctionnaire du droit qu'il a de se taire dans le cadre d'une procédure disciplinaire (*JO*, 5-10). V. *Droits et libertés.*
 - 11-10 1106 QPC, Protection fonctionnelle du maire (*JO*, 12-10). V. *Droits et libertés et ci-dessous.*
1107 QPC, Protection fonctionnelle du président du conseil régional (*JO*, 12-10). V. *Droits et libertés.*
 - 15-10 160 ORGA, Nomination de rapporteurs adjoints (*JO*, 16-10).
 - 17-10 309 L, Nature juridique de certaines dispositions de l'article 156 de la loi 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JO*, 19-10). V. *Pouvoir réglementaire.*
 - 18-10 1108 QPC, Information du membre d'une chambre régionale des comptes poursuivi sur le droit qu'il a de se taire dans le cadre d'une procédure disciplinaire (*JO*, 19-10). V. *Droits et libertés.*
1109 QPC, Règles relatives à l'implantation de clôtures dans des milieux naturels (*JO*, 19-10). V. *Question prioritaire de constitutionnalité.*

- 31-10 1110 QPC, Information des tiers lors de la reprise d'une sépulture en terrain commun (JO, 1-11). V. *Droits et libertés*.
- 14-11 872 DC, Loi organique visant à reporter le renouvellement général des membres du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie (JO, 16-11). V. *Nouvelle-Calédonie*.
- 15-11 1111 QPC, Information de la personne entendue par le juge des libertés et de la détention dans le cadre du « référé pénal environnemental » du droit qu'elle a de se taire (JO, 16-11).
1104 R QPC (JO, 16-11). V. *ci-dessous*.
6637 et 6638 RAN (JO, 17-11). V. *Contentieux électoral*.
- 22-11 1112 QPC, Délai de déchéance du droit de rétrocession en cas d'expropriation (JO, 23-11). V. *ci-dessus*.
1113 QPC, Exercice des droits reconnus à la partie civile (JO, 23-11). V. *ci-dessus*.
- 29-11 1114 QPC, Purge des nullités en matière criminelle II (JO, 30-11).
- 6-12 6387 AN et suiv. (JO, 7-12). V. *Contentieux électoral*.
- 154 12-12 873 DC, Loi organique portant réforme du financement de l'audiovisuel public (JO, 14-12). V. *Lois financières*.
310 L, Nature juridique de certaines dispositions des articles L. 541-4-3 et L. 541-4-5 du code de l'environnement. V. *Pouvoir réglementaire*.
- 13-12 6346 AN et suiv. (JO, 14-12). V. *Contentieux électoral*.
1115 QPC, Plafonnement de la déductibilité de la CSG (JO, 14-12).
-

– *Non-reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République*. Selon une jurisprudence classique, le Conseil énonce qu'« une tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant qu'elle aurait donné naissance à un PFRLR ». En l'espèce, des dispositions de la loi du 19 octobre 1946 (relatives à la protection fonctionnelle des fonctionnaires) n'ont pas pu avoir effet de consacrer un principe selon lequel cette protection devait bénéficier à tous les agents publics, en incluant les agents locaux (1106 QPC).

– *Office du recours en rectification d'erreur matérielle*. Si, en application de l'article 13 du règlement du 4 février 2010 relatif à la procédure suivie pour les

QPC, un recours en rectification d'erreur matérielle est recevable, il en va différemment si la partie n'évoque pas des erreurs matérielles (6337 RAN), entend remettre en cause sur le fond une précédente décision (1104 R QPC), ou encore contester l'appréciation portée par le Conseil sur les conclusions dont il est saisi (6338 RAN).

– *Schéma d'intelligence artificielle*. Établi le 28 novembre, il a notamment pour objet d'assurer une veille sur les progrès de l'intelligence artificielle susceptibles d'intéresser directement le fonctionnement du Conseil et d'expérimenter un axe de travail appliqué dans sa gestion administrative.

V. *Contentieux électoral. Droits et libertés. Pouvoir réglementaire. Question prioritaire de constitutionnalité*.

CONSEIL D'ÉTAT

– *Bibliographie.* F. Youta, « Le Conseil d'État et l'écriture des constitutions », *RFDA*, 2024, p. 985.

CONSEIL DES MINISTRES

– *Composition.* Le décret du 23 décembre portant nomination des membres du gouvernement Bayrou s'inscrit dans la continuité du précédent gouvernement (cette *Chronique*, n° 192, p. 142). À cet égard, les ministres délégués, en dehors de ceux rattachés au Premier ministre (relation avec le Parlement, porte-parole du gouvernement), n'y participe que pour les affaires afférentes à leurs attributions.

– *Compte rendu.* Sous le gouvernement Barnier, celui-ci s'est tenu à l'hôtel de Matignon, comme en période de cohabitation (*Le Figaro*, 2-10).

– *Délibération.* Le Premier ministre, M. Barnier, a été autorisé, le 23 octobre, à recourir à la procédure de l'article 49, alinéa 3 C, en ce qui concerne l'adoption des lois financières pour 2025.

– *Réunion.* Le conseil a réuni, le 11 décembre, le gouvernement démissionnaire Barnier relativement au projet de loi spéciale de finances (art. 45 de la LOLF du 1^{er} août 2001). À l'opposé, le conseil ne s'est pas tenu la semaine du 18 novembre, du fait du déplacement de M. Macron en Amérique latine.

V. *Gouvernement. Ministres. Premier ministre. Président de la République. Responsabilité du gouvernement.*

CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL
ET ENVIRONNEMENTAL

– *Droits sociaux.* Dans un avis du 27 novembre, le Conseil a appelé l'exécutif à œuvrer pour « l'effectivité » desdits droits. Celle-ci est empêchée, contribuant ainsi à « l'augmentation des inégalités et de la grande pauvreté » (*Le Monde*, 29-11).

V. *Droits et libertés.*

CONSEIL SUPÉRIEUR
DE LA MAGISTRATURE

– *Composition.* La présidente de l'Assemblée nationale a nommé M. Didier Paris, en remplacement de M. Cadiet, démissionnaire pour raison de santé (*JO*, 17-12).

CONSTITUTION

– *Bibliographie.* A.-Ch. Bezzina, *Cette Constitution qui nous protège*, Paris, XO, 2024.

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Bibliographie.* R. Rambaud *et al.*, « Projet Justice algorithmique des élections (JADE) : une analyse statistique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux élections législatives (4 oct. 1958-1^{er} avril 2024) », *RFDC*, n° 140, 2024, p. 863.

– *Opérations électorales.* Le Conseil constitutionnel a commencé l'examen des requêtes dont il a été saisi à l'occasion du scrutin législatif de juin-juillet 2024.

I. D'une manière classique (cette *Chronique*, n° 184, p. 165), sans instruction contradictoire préalable (art. 38 de

l'ordonnance du 7 novembre 1958), il a rejeté « les requêtes irrecevables ou ne contenant que des griefs qui manifestement ne peuvent avoir une influence sur les résultats de l'élection ». Au premier cas, on citera une requête tardive, au-delà du dixième jour suivant la proclamation des résultats de l'élection (Haut-Rhin, 1^{re}) (*JO*, 1^{er}-10), présentée par une association (Mayotte, 2^e), dirigée contre l'ensemble des circonscriptions (6330 AN) ou contre les opérations du premier tour de scrutin (Gironde, 3^e) et des anomalies survenues au cours de la campagne électorale (Haut-Rhin, 6^e).

156 Au second cas, on mentionnera des allégations assorties d'aucune précision ou justification (Somme, 3^e), l'absence d'une manœuvre pouvant altérer la sincérité du scrutin (Guadeloupe, 3^e), les désistements intervenus entre les deux tours (Tarn, 3^e), les difficultés rencontrées par des personnes disposant d'une procuration (Bouches-du-Rhône, 14^e), les différences de signature entre les deux tours (Gironde, 5^e) ou la mise en cause du décret du 9 juin 2024 portant convocation des électeurs sur lequel le Conseil a statué (Creuse).

II. Pour faire bonne mesure, le Conseil constitutionnel a rappelé, le 15 novembre, qu'un recours en rectification d'erreur matérielle « ne saurait avoir pour objet de contester l'appréciation des faits de la cause, leur qualification juridique et les conditions de forme et de procédure selon lesquelles est intervenue la décision ». En l'occurrence, le requérant contestait « l'appréciation juridique par le Conseil sur les conclusions dont il était saisi » (6338 R AN). De même, une QPC affecte la décision de ce dernier, non une rectification matérielle (1104 R QPC) (*JO*, 17-11).

III. Le Conseil a été appelé à se prononcer sur divers griefs articulés contre l'élection d'un député. Hors la démission de celui-ci (Ardennes, 1^{re}) qui rend « sans objet » la requête (*JO*, 14-12), le rejet a été prononcé, de manière classique (cette *Chronique*, n° 186, p. 167), s'agissant de la dégradation des affichages électoraux, en dehors du « caractère massif » (Hérault, 8^e), « prolongé ou répété » (Hauts-de-Seine, 12^e), de la diffusion d'un document auquel il a été possible de répondre en temps utile, ou des faits invoqués à l'origine de manœuvres frauduleuses (Hauts-de-Seine, 13^e; Hérault, 8^e), tel un compte à abonnement payant sur un réseau social, en méconnaissance des articles L. 48-1 et L. 52-1 du code électoral, en raison du nombre très réduit de messages émis et de leur teneur (Savoie, 1^{re}; Hérault, 8^e), ou enfin d'un cas d'inéligibilité (art. LO 132 du code électoral), les fonctions de chef de la mission de restructuration des entreprises du ministère de l'Économie et des Finances n'étant mentionnées (Gard, 5^e). Dans le même ordre de considération, le suppléant d'une députée élue n'avait pas, le jour de l'élection, la qualité de remplaçant d'un sénateur (il figurait en troisième position sur la liste des candidats). De fait, l'inéligibilité de l'article LO 134 du code électoral était inapplicable au cas d'espèce (Nord, 3^e).

IV. En dernier lieu, l'élection de Mme Braun-Pivet (Yvelines, 5^e) à la présidence de l'Assemblée a été contestée, le 13 décembre (*JO*, 14-12). Les manquements à la sincérité du scrutin cités se sont révélés infondés : diffusion d'un journal municipal sans référence à sa candidature ; compte sur un réseau social à abonnement payant au nombre réduit de messages ; photographie de sa personne en train de voter (en méconnaissance

de l'article LO 49 du code électoral) pendant la période d'interdiction sans incidence sur le résultat, eu égard à l'écart de voix entre les candidats ; ou participation de l'intéressée, en raison de sa « notoriété personnelle », à des émissions, qui n'a pas affecté le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions. Quant aux dépenses électorales, les frais liés à la protection policière de la présidente sans lien avec sa qualité de candidate ne sauraient être assimilés à un don ou un avantage, au sens de l'article L. 52-12 du code électoral. Au reste, l'état des frais a été intégré à son compte de campagne.

Il reste que l'irrégularité tirée de certaines procurations a été invoquée pour la première fois par un requérant au-delà du délai de dix jours. Ce qui rend inopérante la QPC soulevée, en la circonstance.

V. *Assemblée nationale. Conseil constitutionnel. Question prioritaire de constitutionnalité.*

COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

– *Composition.* L'Assemblée nationale a procédé à l'élection de ses membres titulaires et suppléants, le 9 octobre. Leur prestation de serment s'est déroulée le 15 courant (*JO*, 10-10). La composition de la Cour est fixée au 5 novembre (*JO*, 9-11).

– *Désistement du plaignant.* La CJR indique, le 3 décembre, que le procès en diffamation concernant l'ancienne ministre des Sports Mme Oudéa-Castéra n'aura pas lieu, en raison du désistement de M. Le Graët, ex-dirigeant de la Fédération française de football (cette *Chronique*, n° 192, p. 143).

– *Non-lieu.* Telle est la décision prise, le 12 novembre, par la commission d'instruction à l'égard de l'ancien ministre de l'Intérieur M. Castaner, placé sous le statut de témoin assisté après une plainte pour discrimination déposée par un policier (cette *Chronique*, n° 191, p. 154).

V. *Ministres.*

DÉCLARATIONS DU GOUVERNEMENT
(ART. 50-1 C)

– *Gouvernement Barnier.* À défaut d'engager sa responsabilité sur son programme ou une déclaration de politique générale en application de l'article 49, alinéa 1^{er} de la Constitution, le Premier ministre, à l'instar de ses deux derniers prédécesseurs (cette *Chronique*, n° 190, p. 163), s'est contenté de solliciter l'article 50-1 devant l'Assemblée nationale, le 1^{er} octobre, puis devant le Sénat, le lendemain. Ultérieurement, une déclaration relative à l'accord entre l'Union européenne et le Mercosur a été approuvée massivement, le 26 novembre, par l'Assemblée nationale et le lendemain par le Sénat.

V. *Gouvernement. Responsabilité du gouvernement.*

DÉONTOLOGIE

– *Déclaration de patrimoine de fin de mandat.* La HATVP a indiqué, le 21 octobre, que trois anciens députés avaient dépassé le délai de deux mois (prenant fin, en l'espèce, le 9 août) pour effectuer le dépôt de cette déclaration. Les procureurs territorialement compétents ont été saisis.

– *Déontologue de l'Assemblée nationale.* Celui-ci a été saisi, le 15 novembre,

par la présidente de l'institution, Mme Braun-Pivet, s'agissant de la situation de M. Kerbrat (FI-NFP) (Loire-Atlantique, 2^e), à la suite de la publication d'un article de Mediapart selon lequel l'intéressé aurait régulièrement financé ses achats de drogue avec son avance de frais de mandat.

158 – *Déontologie interne.* Le groupe RN de l'Assemblée nationale a décidé de sanctionner Mme Engrand (Pas-de-Calais, 6^e), soupçonnée d'avoir sollicité son avance de frais de mandat à des fins personnelles, d'une suspension de son appartenance audit groupe pour une durée de six mois. Au surplus, la commission nationale d'investiture a été saisie afin qu'elle se prononce défavorablement sur une future investiture de l'intéressée.

– *Déports.* Par décret du 23 octobre (JO, 24-10), la ministre de la Transition écologique du gouvernement Barnier ne connaît pas des actes de toute nature relatifs au groupe Défense conseil international.

Le décret du 12 novembre a indiqué que Mme Givernet, ministre déléguée auprès de la ministre de la Transition écologique, agissait ainsi à l'égard de la société Holweb, holding de Waga Energy (JO, 13-11).

– *Think tank et représentant d'intérêts.* Le Conseil d'État a annulé, le 14 octobre, les lignes directrices de la HATVP indiquant qu'un organisme se consacrant à une activité de réflexion, de recherche et d'expertise sur des sujets déterminés, et entrant, à ces fins, régulièrement en contact avec des décideurs publics, doit, par principe, être regardé comme un représentant d'intérêts.

V. *Assemblée nationale. Ministres.*

DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie. Droit(s) et politique(s). Mélanges en l'honneur de Richard Ghevoitian*, Aix-en-Provence, PUAM, 2024 ; L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2024 ; J.-P. Jacqué, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2024 ; Ph. Blachère, « Peut-on encore employer le mot "démocratie" en droit constitutionnel ? », *JCP G*, 30-9 ; J.-Ph. Derosier, « Jean-Claude Colliard, précurseur de la science constitutionnelle », *RFDC*, n° 140, 2024, p. 1136 ; G. Sutter, « Droit constitutionnel et finances publiques », *RFDC*, n° 139, 2024, p. 789.

DROIT ÉLECTORAL

– *Bibliographie.* J. Jeanneney, *Contre la proportionnelle*, Paris, Gallimard, 2024 ; Cour des comptes, « L'organisation des élections : un dispositif robuste, des évolutions nécessaires » (observations), 20 novembre 2024.

DROIT PARLEMENTAIRE

– *Bibliographie.* J.-P. Camby, *Le Travail parlementaire sous la V^e République*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2024.

DROITS ET LIBERTÉS

– *Bibliographie.* L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2024 ; D. Turpin, « Les drones, danger pour la sécurité et pour les libertés », *RFDA*, 2024, p. 923.

– *Droit de propriété (art. 2 et 17 de la Déclaration de 1789).* Le Conseil constitutionnel, après avoir affirmé l'existence du droit pour le propriétaire de clore son

bien foncier, a estimé que le droit de propriété n'était pas méconnu au regard des contraintes imposées, au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, sur l'implantation, la réfection et la rénovation des clôtures (1109 QPC).

– *Droit de se taire (art. 9 de la Déclaration de 1789)*. Dans la continuité de sa jurisprudence (cette *Chronique*, n° 191, p. 157), le Conseil constitutionnel a jugé que la notification du droit de se taire (découlant du principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser) s'applique pour le fonctionnaire (1105 QPC) ou le magistrat d'une chambre régionale des comptes (1108 QPC) à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée.

– *Égalité entre les femmes et les hommes*. L'ordonnance 2024-934 du 15 octobre 2024 a porté transposition de la directive (UE) du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à « un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées » (*JO*, 16-10).

– *Financement de l'audiovisuel public*. Après déclaration de conformité (873 DC), la loi organique relative à sa réforme datée du 13 décembre a été promulguée (*JO*, 14-12).

– *Principe d'égalité devant la loi (art. 6 de la Déclaration de 1789)*. Ce principe n'est pas méconnu par le législateur lorsque, eu égard aux différences de situation en rapport direct avec l'objectif de la loi, celui-ci prévoit, d'une part, que seul l'exécutif d'un conseil régional et non l'ensemble des conseillers régionaux puisse

bénéficier d'une protection fonctionnelle (1107 QPC) et, d'autre part, que le régime de ladite protection soit plus étendu pour les agents publics que pour les élus locaux (1106 QPC).

– *Respect de la dignité humaine (préambule de la Constitution de 1946)*. Réitérant sa position (cette *Chronique*, n° 191, p. 165), le Conseil constitutionnel estime que ce respect « ne cesse pas avec la mort ». Le législateur est en droit de décider qu'en cas de reprise de sépulture par la commune les restes exhumés peuvent faire l'objet d'une crémation en l'absence d'opposition connue ou attestée du défunt. Toutefois, il méconnaît le principe constitutionnel en ne prévoyant pas une obligation, pour la mairie, d'informer les tiers susceptibles de faire connaître l'opposition du défunt à la crémation. En conséquence, il n'est pas garanti « que la volonté attestée ou connue du défunt [soit] effectivement prise en compte avant qu'il soit procédé à la crémation de ses restes » (1110 QPC).

159

V. *Conseil constitutionnel. Conseil économique, social et environnemental. Question prioritaire de constitutionnalité*.

ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

– *Élection partielle*. La première de la XVII^e législature (Ardennes, 1^{re}) a été marquée, au ballottage, par la perte du siège détenu par le RN au profit de M. Vuibert (NI), le 8 décembre (*JO*, 10-12) (cette *Chronique*, n° 192, p. 138).

V. *Assemblée nationale. Contentieux électoral*.

ÉLECTIONS SÉNATORIALES

– *Élection partielle*. M. Ruel (Cap sur l'avenir) (Saint-Pierre-et-Miquelon) a été élu, le 8 décembre. On notera que les trois précédents candidats (dont l'ancienne ministre Mme Girardin) de l'élection du 24 septembre, invalidée par le Conseil constitutionnel, avaient été déclarés inéligibles, pour une durée d'une année, par le même Conseil (cette *Chronique*, n° 192, p. 165).

V. Sénat.

160

FINANCES PUBLIQUES

– *Bibliographie*. Chr. Pierucci et G. Sutter, *Manuel de finances publiques*, 3^e éd., Paris, PUF, 2024.

GOUVERNEMENT

– *Bibliographie*. É. Borne, *Vingt mois à Matignon*, Paris, Flammarion, 2024.

– *Acte de gouvernement*. Classiquement, le Conseil d'État s'est dit, le 24 septembre, ne pas être en capacité de surseoir à la nomination de M. Barnier, ni, le 8 octobre, d'enjoindre au président de la République de nommer un Premier ministre issu du Nouveau Front populaire.

– *Centre interministériel de crise*. M. Bayrou a réuni, le 14 décembre, celui-ci au ministère de l'Intérieur, consacré à l'île de Mayotte, dévastée, ce jour, par un cyclone. Le président de la République a présidé une réunion, le 16, le Premier ministre en visioconférence depuis Pau (*Le Figaro*, 17-12). Depuis Mayotte, le 20, le chef de l'État a organisé une nouvelle conférence audiovisuelle.

Ce centre a été de nouveau activé, le 24 notamment.

– *Cumul avec la fonction d'un exécutif local*. Le nouveau Premier ministre, M. François Bayrou, après s'être rendu, le 16 décembre, à Pau pour y présider le conseil municipal, a expressément affirmé sa volonté de rester l'édile de la ville. Mieux encore, il a considéré qu'on « s'est trompé en [rendant] incompatibles les responsabilités locales et nationales » (cette *Chronique*, n° 192, p. 143).

– *Démission du gouvernement Barnier*. Conformément à l'article 50 C, M. Barnier a remis au chef de l'État, qui « en a pris acte », le 5 décembre, la démission de son gouvernement, après la censure dont il a été l'objet, la veille, par les députés, par 331 voix contre les 288 requises, en application de l'article 49, alinéa 3 C. Par suite, ce gouvernement s'avère être le plus bref de la V^e République (91 jours, soit trois mois), abstraction faite des gouvernements encadrés par les expressions du suffrage universel (Mauroy I en 1981, Fillon I en 2007, qui ont duré un mois *grosso modo*). Entre-temps, comme son prédécesseur, le gouvernement a été chargé de l'expédition des affaires courantes et urgentes : loi spéciale de finances, le 20 décembre, en vue d'assurer la continuité de la vie nationale, à rebours du *shutdown* américain, une compétence inédite ; et Mayotte. Pour M. Barnier, tel a été le destin de ce « gouvernement de l'impossible » (entretien sur TF1 et France 2, 3-12).

– *Expédition des affaires courantes*. Le Conseil d'État a rejeté l'argumentation selon laquelle M. Attal, alors Premier

ministre démissionnaire, aurait, du fait de sa participation à l'élection à la présidence de l'Assemblée nationale du 18 juillet dernier, opté pour son mandat de député et donc perdu sa qualité de membre du gouvernement. Il est jugé que « l'incompatibilité entre les fonctions de membre du gouvernement et l'exercice d'un mandat parlementaire ne se résout que par le remplacement de l'intéressé dans son mandat parlementaire sans être susceptible d'affecter, par elle-même, l'exercice par celui-ci de ses fonctions gouvernementales » (CE, 18 octobre 2024, *ADELIBE et autres*).

Par ailleurs, sur cette période de soixante-sept jours d'expédition des affaires courantes (16 juillet-21 septembre 2024 – soit une durée inédite sous les IV^e et V^e Républiques), une mission flash de l'Assemblée nationale a rendu public son rapport, le 11 décembre (doc. parl. n° 712). Il a été établi que 340 décrets et 1 650 arrêtés y ont été pris au titre, essentiellement, des affaires dites ordinaires (soit moitié moins qu'à la même période en 2023) et qu'aucun d'entre eux, pour l'instant, n'a été annulé par les juridictions administratives au motif qu'ils excédaient le champ de l'expédition des affaires courantes (il est vrai que le Conseil d'État, agissant dans le cadre ses fonctions consultatives, a su être persuasif...). Toutefois, la mission a fait état de la faiblesse du contrôle parlementaire durant la période (cette *Chronique*, n° 192, p. 147).

Enfin, le Conseil d'État a considéré, dans un avis du 9 décembre, qu'un gouvernement démissionnaire, chargé de l'expédition des affaires courantes, était à la fois compétent pour soumettre à la délibération du conseil des ministres un projet de loi d'urgence, le déposer sur le

bureau de l'Assemblée nationale et en soutenir la discussion devant les assemblées parlementaires.

– *Membres*. Selon les calculs du *Figaro*, dans son édition du 2 octobre, M. Macron a nommé 146 des 742 ministres (au sens large du terme) depuis 1958. Par ailleurs, M. Barnier a eu l'insigne honneur d'être l'unique ministre ayant siégé aux côtés de quatre chefs de l'État (MM. Mitterrand, Chirac, Sarkozy et Macron).

– *Nomination du gouvernement Bayrou*. Le quarante-sixième gouvernement de la V^e République, le sixième sous la présidence de M. Macron et, record absolu, le quatrième au cours de l'année 2024, a été nommé, à l'issue d'un délai de dix jours, le jour de Noël étant une date butoir, après le choix du Premier ministre, par décret du 23 décembre (*JO*, 24-12) (cette *Chronique*, n° 192, p. 144). Confronté à une situation difficile, tant du point de vue politique qu'économique, le Premier ministre s'est évertué, à travers « des personnalités, des sensibilités équilibrées qui respectent l'État de droit » ou « un collectif d'expériences », à « réconcilier et renouer la confiance avec tous les Français », à l'instar d'Henri IV, dont il se réclame (entretien sur BFMTV, 24-12).

Cependant, en l'absence de tout élargissement du « socle commun », sur lequel reposait le gouvernement Barnier, ainsi que le chef de l'État l'a reconnu en conseil des ministres, le 11 décembre, son successeur a reconduit l'alliance, à la fragilité politique manifeste, du camp présidentiel, auquel appartient, cette fois-ci, le Premier ministre, et LR, minoritaire à l'Assemblée nationale et majoritaire au

Sénat (cette *Chronique*, n° 192, p. 148). Une seconde édition revue et corrigée, somme toute, en filant la métaphore littéraire.

162 I. Nommé Premier ministre le 13 décembre, M. Bayrou a formé son gouvernement au terme d'un délai de dix jours, après avoir reçu successivement, le lendemain, les présidents des assemblées et le premier président de la Cour des comptes, puis, les 16 et 17, les présidents des groupes parlementaires, selon le critère de leur importance numérique, Mme Le Pen en premier, par voie de conséquence, et à l'exclusion du groupe FI-NFP, qui avait décliné l'invitation (*Le Monde*, 19-12). Il s'est entretenu, dès le 18, avec le chef de l'État, avant que celui-ci s'envole pour Mayotte. Imitant son prédécesseur (cette *Chronique*, n° 192, p. 149), il a réuni à Matignon, le 19 décembre, en présence de Mme Braun-Pivet et de M. Larcher, les dirigeants et présidents des groupes parlementaires, à l'exception de FI-NFP, du RN et de ses alliés UDR (*Le Monde*, 21-12). Une réponse a été demandée aux intéressés pour le lendemain. Entre-temps, les 22 et 23, les négociations et tractations se sont poursuivies, M. Bayrou s'opposant notamment à l'entrée au gouvernement de M. Bertrand (LR), président de la région des Hauts-de-France, relativement à sa conception de la justice (entretien précité sur BFMTV), parallèlement à d'ultimes entretiens avec M. Macron.

Au total, un accord de partis, comme sous la IV^e République, mais avec un correctif présidentiel, en l'absence de tout élargissement à gauche, envisagé sous l'aspect d'un accord esquissé de non-censure (renoncement à une motion de censure et à l'engagement de l'article 49,

alinéa 3 C). L'entrée au gouvernement de personnalités à la sensibilité initiale de gauche (M. Lombard) ou d'anciens ministres du président Hollande (MM. Valls, Rebsamen et Mme Méadel), ralliés au chef de l'État, a fait illusion. Autrement dit, la combinaison camp présidentiel-LR a été reconduite, sous l'autorité du Premier ministre macroniste. Aux côtés des représentants du parti Renaissance (Mme Borne et M. Darmanin, ministres d'État par ailleurs, M. Lecornu, Mmes Bergé, Dati et Montchalin) et de ceux de ses alliés MoDem (MM. Barrot Mignola, ainsi que Mme Primas) et Horizons (M. Marcangeli et Mme Parmentier-Lecocq) se trouvent ceux de LR : M. Retailleau, élevé à la dignité de ministre d'État, Mme Louwagie, MM. Neuder et Tabarot, outre le maintien de Mmes Vautrin et Genevard (v. *encadré ci-après*).

Par suite, l'accueil réservé à ce gouvernement a été critiqué : une « provocation », selon M. Faure (PS), ou « la droite extrême au pouvoir sous la surveillance de l'extrême droite » (le refus de nommer M. Bertrand a été relevé), tandis que le RN rappelait que « rien ne peut se faire et se décider dans le dos de onze millions de Français » (*BQ*, 24-12).

II. Conformément à la volonté exprimée par le chef de l'État, l'architecture du gouvernement a été recentrée. Sous ce rapport, les pôles d'action ont été renforcés, principalement à Bercy, confronté à « l'Himalaya », selon le Premier ministre, lors de la cérémonie de la passation de pouvoir, le 13 décembre. D'où la vision du « Grand Bercy » (*BQ*, 24-12), en raison du rattachement des comptes publics, de l'énergie, de l'intelligence artificielle, du numérique, du

commerce et de l'artisanat. Au surplus, le super-ministère social créé par le gouvernement Attal (cette *Chronique*, n° 190, p. 166) a été ressuscité, auquel les familles s'ajoutent. L'aménagement du territoire s'inscrit dans cette démarche, ainsi que le secteur éducatif : l'éducation nationale et l'enseignement supérieur sont regroupés. Au demeurant, à l'inverse du gouvernement précédent (cette *Chronique*, n° 192, p. 149), le domaine d'action de M. Bayrou a été réduit avec trois ministres délégués. Enfin, le ministère des Outre-mer a été recréé. Par suite, le gouvernement Bayrou accueille trente-cinq membres contre quarante précédemment (cette *Chronique*, n° 192, p. 151).

III. Pour l'essentiel, l'origine des ministres est parlementaire. Outre des personnalités (MM. Lombard, directeur général de la Caisse des dépôts et consignations depuis 2017, et Baptiste, président du Centre national d'études spatiales depuis 2021), six députés rejoignent le gouvernement : Mmes Bergé (Yvelines, 10^e), Borne (Calvados, 6^e), Louwagie (Orne, 2^e), MM. Darmanin (Nord, 10^e) et Neuder (Isère, 7^e), ainsi qu'un sénateur (M. Tabarot) (Alpes-Maritimes). La représentation des élus locaux est désormais limitée à un seul titulaire, mais de façon significative, à l'exemple de M. Bayrou, maire de Pau (Pyrénées-Atlantiques).

IV. La hiérarchie ministérielle a été tout à la fois rehaussée et complexifiée. Accentuée entre les ministres d'État, de plein exercice et délégués. D'où la nomination spectaculaire et inédite depuis le gouvernement Balladur (1993-1995) de quatre ministres d'État : deux anciens Premiers ministres (M. Valls et

Mme Borne) ; deux ministres appelés à incarner l'importance de la politique pénale (MM. Darmanin et Retailleau). Le premier est désormais le plus titré du gouvernement Bayrou : ministre d'État à titre individuel, garde des Sceaux et ministre de la Justice à titre fonctionnel. Mais *quid* de Bercy ? À ce jour, sous la présidence de M. Macron, MM. Hulot, Collomb et de Rugy avaient été élevés à cette dignité. On ne manquera pas d'observer la disparition de la catégorie des secrétaires d'État.

La hiérarchie est complexifiée, par ailleurs : « Des ministres de plein exercice sous la coupe d'un super-ministre, c'est du jamais-vu », n'a pas manqué de relever notre collègue M. Eyméri-Douzans (*Le Monde*, 31-12). Placés à la tête de super-ministères, des ministres *stricto sensu*, ou chefs de file, sont appelés en effet à exercer leur autorité d'un point de vue politique sur des ministres de plein exercice, nonobstant le principe de l'égalité juridique entre eux, et, de ce dernier point de vue, sur des ministres délégués. Telle se présente la situation de M. Lombard, assisté de deux ministres *stricto sensu*, Mme de Montchalain et M. Ferracci, et de trois ministres délégués, Mmes Louwagie, Chappaz et Delattre, à l'unisson de Mme Vautrin, épaulée par deux ministres (Mme Panosyan-Bouvet et M. Neuder) et une ministre déléguée (Mme Parmentier-Lecocq), et de M. Rebsamen, appuyé par deux ministres (Mme Létard et M. Tabarot) et une ministre déléguée (Mme Méadel). La configuration singulière de ces attelages est ainsi rendue malaisée en matière d'impulsion, de coordination et de cohérence, d'autant que la participation au conseil des ministres est différenciée entre les ministres intéressés. À l'opposé, la

situation de M. Retailleau, flanqué d'un ministre (M. Buffet), s'avère plus simple. En dernière analyse, tandis que Mme Chappaz est promue ministre déléguée, Mme Létard emprunte le chemin opposé, de ministre de plein exercice à celui de ministre déléguée auprès d'un ministre.

164 V. Quant au mouvement ministériel, qui fait penser à une sorte de « casting » exigü, donnant le tournis, demeurent au gouvernement : Mme Dati (culture), MM. Lecornu (armées), Retailleau (intérieur), Barrot et Haddad (affaires étrangères), aux attributions pérennes, tout comme Mmes Genevard (agriculture), Panosyan-Bouvet (travail) et Parmentier-Lecocq (handicap). En revanche, Mme Vautrin, hier aux territoires, retrouve l'hyper-ministère du gouvernement Attal ; Mme Pannier-Runacher hérite de la biodiversité, de la forêt, de la mer et de la pêche ; Mme Primas devient porte-parole du gouvernement ; Mme Delattre accède au tourisme ; Mme Létard, au logement ; Mme Gatel, à la ruralité et M. Saint-Martin, au commerce extérieur. Reste le cas de M. Buffet, nommé ministre auprès du ministre de l'Intérieur, sans prérogatives précises.

VI. Entrent au gouvernement, outre Mme Borne (éducation nationale et enseignement supérieur) et M. Valls (outre-mer), gratifiés de la dignité républicaine de ministre d'État, MM. Lombard, à Bercy au périmètre élargi, Marcangeli, président du groupe Horizons à l'Assemblée nationale (action publique et fonction publique), Mignola (relations avec le Parlement), Baptiste (enseignement supérieur), Neuder (santé), Tabarot (sports), Mmes Barsacq (sports), Louwagie

(commerce), sans préjudice d'anciens ministres de retour : MM. Darmanin (justice), Rebsamen (aménagement du territoire), Mmes Bergé (égalité entre les femmes et les hommes), de Montchalin (comptes publics), Mirallès (anciens combattants) et Méadel (villes). Au titre des entrants, en dehors d'ex-ministres du président Hollande, on relèvera que deux d'entre eux ont été battus aux élections législatives de 2022 (Mme de Montchalin et M. Mignola), une à celles de 2024 (Mme Mirallès), et que M. Neuder était rapporteur des affaires sociales à l'Assemblée nationale.

VII. Quittent enfin le gouvernement MM. Migaud, qui était second dans l'ordre protocolaire, Armand, titulaire de Bercy, Hetzel (enseignement supérieur), Kasbarian (fonction publique), Mmes Genetet (éducation nationale), Darriussecq (santé), Bregeon (porte-parole du gouvernement), Carrère-Gée (coordination gouvernementale) ; autres membres éphémères, entre autres, Mmes Canayer (famille) et Ferrari (tourisme) ; ainsi que les élus locaux MM. Avérous, Durovray et Loher.

VIII. En matière de représentation, le nouveau gouvernement compte dix-huit femmes et dix-sept hommes ; six d'entre elles sont ministres de plein exercice, mais en dehors des ministères régaliens. Cependant, désormais Mme Borne occupe le second rang dans l'ordre protocolaire. Reste que, du point de vue géographique, un équilibre plus satisfaisant est à relever. De nouvelles régions sont concernées : la Normandie, la Corse et la Nouvelle-Aquitaine, par exemple. Seule la région métropolitaine de Centre-Val de Loire est absente (BQ, 24-12).

– *Séminaires*. En vue d'un projet de réforme annoncé par M. Barnier (*Le Parisien Dimanche*, 27-10), les membres du gouvernement ont été réunis à cet effet, le 4 novembre (*Le Figaro*, 5-11).

– *Services votés*. En application de l'article 47, alinéa 4 C, et de la loi spéciale de finances du 20 décembre 2024, le gouvernement, par un décret 2024-1253 du 30 décembre, a procédé à la répartition des crédits afférents aux services votés (*JO*, 31-12).

– *Sur un euphémisme : le « socle commun »*. Sur TF1, le 11 novembre, M. Wauquiez, président du groupe DR à l'Assemblée nationale, a annoncé les mesures arrêtées par le gouvernement Barnier en matière de revalorisation des retraites. Une initiative individuelle qui a placé devant le fait

accompli le ministre de l'Économie et des Finances, entre autres (*Le Monde*, 14-11). Au préalable, de manière significative, la solidarité avait volé en éclats entre les quatre groupes de la majorité à l'Assemblée. D'où l'élection de deux députés issus du groupe NFP, successivement : Mme Trouvé (FI) (Seine-Saint-Denis, 9^e), à la tête de la commission des affaires économiques, le 9 octobre, et M. Iordanoff (Écologiste et social) (Isère, 5^e), à la vice-présidence de l'Assemblée, le 22 courant, en remplacement de M. Armand (EPR) et de Mme Genevard (LR), nommés membres du gouvernement Barnier. De la même façon, à une élection partielle (Ardennes, 1^{re}), aucune unité de candidature n'a été réalisée. Mais, à la réflexion, les adversaires d'hier ne sont pas parvenus à devenir, par enchantement, des partenaires.

165

COMPOSITION DU GOUVERNEMENT BAYROU

PREMIER MINISTRE

François Bayrou

MINISTRES

Élisabeth Borne, ministre d'État, ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

Manuel Valls, ministre d'État, ministre des Outre-mer

Gérald Darmanin, ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la Justice

Bruno Retailleau, ministre d'État, ministre de l'Intérieur

Catherine Vautrin, ministre du Travail, de la Santé, des Solidarités et des Familles

Éric Lombard, ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique

Sébastien Lecornu, ministre des Armées

Rachida Dati, ministre de la Culture

François Rebsamen, ministre de l'Aménagement du territoire et de la Décentralisation

Jean-Noël Barrot, ministre de l'Europe et des Affaires étrangères

Agnès Pannier-Runacher, ministre de la Transition écologique, de la Biodiversité, de la Forêt, de la Mer et de la Pêche

Annie Genevard, ministre de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire

Laurent Marcangeli, ministre de l'Action publique, de la Fonction publique et de la Simplification

Marie Barsacq, ministre des Sports, de la Jeunesse et de la Vie associative

MINISTRES AUPRÈS D'UN MINISTRE DE PLEIN EXERCICE

Patrick Mignola, délégué auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement

Aurore Bergé, déléguée auprès du Premier ministre, chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations

Sophie Primas, déléguée auprès du Premier ministre, porte-parole du gouvernement

Philippe Baptiste, auprès de la ministre d'État, ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche

François-Noël Buffet, auprès du ministre d'État, ministre de l'Intérieur

Astrid Panosyan-Bouvet, auprès de la ministre du Travail, de la Santé, de la Solidarité et des Familles, chargée du travail et de l'emploi

Yannick Neuder, auprès de la ministre du Travail, de la Santé, de la Solidarité et des Familles, chargé de la santé et de l'accès aux soins

Charlotte Parmentier-Lecocq, déléguée auprès de la ministre du Travail, de la Santé, de la Solidarité et des Familles, chargée de l'autonomie et du handicap

Amélie de Montchalin, auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, chargée des comptes publics

Marc Ferracci, auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, chargé de l'industrie et de l'énergie

Véronique Louwagie, déléguée auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, chargée du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises et de l'économie sociale et solidaire

Clara Chappaz, déléguée auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, chargée de l'intelligence artificielle et du numérique

Nathalie Delattre, déléguée auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, chargée du tourisme

Patricia Mirallès, déléguée auprès du ministre des Armées, chargée de la mémoire et des anciens combattants

Valérie Létard, auprès du ministre de l'Aménagement du territoire et de la Décentralisation, chargée du logement

Philippe Tabarot, auprès du ministre de l'Aménagement du territoire et de la Décentralisation, chargé des transports

Françoise Gatel, déléguée auprès du ministre de l'Aménagement du territoire et de la Décentralisation, chargée de la ruralité

Juliette Méadel, déléguée auprès du ministre de l'Aménagement du territoire et de la Décentralisation, chargée de la ville

Benjamin Haddad, délégué auprès du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, chargé de l'Europe

Laurent Saint-Martin, délégué auprès du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, chargé du commerce extérieur et des Français de l'étranger

Thani Mohamed Soilihi, délégué auprès du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères, chargé de la francophonie et des partenariats internationaux

SOURCE : *Journal officiel*.

V. *Bicamérisme. Conseil des ministres. Premier ministre. Président de la République. Responsabilité du gouvernement. République.*

GROUPES

– *Collectifs*. Une vingtaine de députés, appartenant ou non à des groupes mais

se reconnaissant une sensibilité de centre gauche, ont annoncé, le 23 octobre, leur volonté de travailler de manière coordonnée, notamment sur le projet de loi de finances. Certains y voient la création, à terme, d'un douzième groupe. Aux côtés de ce collectif « social-démocrate », un autre, de « droite sociale », a été constitué, le 30 octobre, par neuf députés issus, eux aussi, d'horizons variés.

– *Hémorragie.* Celle du groupe EPR de l'Assemblée nationale continue, avec le départ de Mme Dupont (Maine-et-Loire, 2^e), le 2 octobre. Celle-ci est désormais non inscrite (cette *Chronique*, n° 192, p. 153).

– *Présidents.* M. Marcangeli (Horizons) (Corse du Sud, 1^{re}) est devenu membre du gouvernement Bayrou (décret du 23 décembre) (*JO*, 24-12). M. Darnaud (Ardèche) a été élu président du groupe sénatorial Les Républicains, le 1^{er} octobre, en remplacement de M. Retailleau (Vendée) (*JO*, 3-10).

– *Retrait d'une déclaration d'appartenance à l'opposition.* En application de l'article 19, alinéa 3 du règlement de l'Assemblée, il a été le fait du groupe DR (*JO*, 9-10).

V. *Assemblée nationale. Gouvernement. Sénat.*

IMMUNITÉ PARLEMENTAIRE (ART. 26 C)

– *Audition libre.* M. Kerbrat (FI) (Loire-Atlantique, 2^e) a été entendu sous cette modalité au commissariat, le 22 octobre, après avoir été pris en flagrant délit d'achat de stupéfiants quelques jours plus tôt.

– *Condamnations.* MM. Karl Olive (EPR) (Yvelines, 12^e) et Max Mathiasin

(LIOT) (Guadeloupe, 3^e) ont été condamnés, le 18 novembre, respectivement à huit et douze mois de prison avec sursis, pour des affaires distinctes et liées exclusivement à leurs fonctions antérieures de maire de Poissy (prise illégale d'intérêts) et directeur d'une caisse des écoles de Pointe-à-Pitre (abus de confiance). Ils ont annoncé leur intention de faire appel.

– *Sanctions.* Le bureau de l'Assemblée nationale a infligé à M. Portes (FI) (Seine-Saint-Denis, 3^e), après l'avoir auditionné, un rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal pour « les propos menaçants et insultants » tenus dans l'hémicycle lors d'une séance de questions au gouvernement. La même sanction a été infligée à M. Turquois (Démocrates) (Vienne, 4^e), le 18 décembre, en raison d'une altercation physique avec des députés. De son côté, M. Tanguy (RN) (Somme, 4^e) a été rappelé à l'ordre, le 28 novembre, pour un non-respect des règles de prise de parole.

V. *Assemblée nationale. Séance.*

INÉLIGIBILITÉ

– *Bibliographie.* J.-É. Schoettl, « Le parquet de Paris veut-il exclure Marine Le Pen du jeu démocratique ? », *Le Figaro*, 15-11.

– *L'affaire en cours des assistants RN du Parlement européen.* Le ministère public a requis, le 13 novembre, de manière sévère, à l'encontre de Mme Le Pen une peine de cinq ans de prison, dont deux ferme aménagés, une amende de 30 000 euros et cinq ans d'inéligibilité, applicable immédiatement, y compris en cas d'appel, sauf décision spécialement motivée de la juridiction (*Le Figaro*,

14-11). Cette dernière disposition empêcherait l'intéressée de briguer la magistrature suprême en 2027. « C'est ma mort politique qui est réclamée », s'est indignée sur-le-champ Mme Le Pen, sur TF1. Outre le lancement d'une pétition par le Rassemblement national, « combattre Marine Le Pen se fait dans les urnes, pas ailleurs », a réagi M. Darmanin (Renaissance). L'affaire a été mise en délibéré au 31 mars 2025.

IRRECEVABILITÉS FINANCIÈRES

168 – *Proposition de loi abrogeant la réforme des retraites.* Sans surprise, la présidente de l'Assemblée nationale a déclaré irrecevables, le 30 octobre, des amendements déposés par le RN sur sa proposition de loi, au regard de la charge qu'ils impliqueraient pour les finances publiques. Les amendements avaient vocation à rétablir des articles écartés par la commission des affaires sociales (cette *Chronique*, n° 187, p. 168).

V. Amendements. Assemblée nationale.

LOI

– *La méthode de la co-construction.* Lors de sa déclaration de politique générale, le 1^{er} octobre, M. Barnier a plaidé sa cause en vue de pallier l'absence de majorité (*Le Monde*, 3-10).

– *Le retour de la loi.* La première loi de la XVII^e législature, autorisant l'approbation de l'accord en matière de défense entre la France et la Papouasie-Nouvelle-Guinée (2024-1017 du 13 novembre), a été promulguée (*JO*, 14-11).

– *Promulgation.* La loi 2024-1039 du 19 novembre tendant à « renforcer les outils de régulation des meublés de

tourisme à l'échelle locale » a été promulguée à Rio de Janeiro (Brésil) par le président Macron, qui participait à la réunion du G20 (*JO*, 20-11). De même, la loi spéciale de finances du 20 décembre (art. 45 de la LOLF du 1^{er} août 2001) l'a été à Mamoudzou (Mayotte) (*JO*, 21-12) (cette *Chronique*, n° 190, p. 170).

V. Ordre du jour. Président de la République.

LOI SPÉCIALE DE FINANCES

– *Vote.* En vue « d'assurer la continuité de la vie nationale », selon le Conseil constitutionnel (111 DC du 30 décembre 1979), en application des dispositions du 2^o de l'article 45 de la LOLF et de l'article 47 de la Constitution, une loi spéciale 2024-1188 du 20 décembre (*JO*, 21-12) a autorisé le gouvernement à continuer à percevoir les impositions de toutes natures jusqu'au vote de la loi de finances de l'année. Dans un avis du 9 décembre, le Conseil d'État a, en premier lieu, considéré qu'un gouvernement démissionnaire, chargé de l'expédition des affaires courantes, était à la fois compétent, fait sans précédent, pour soumettre à la délibération du conseil des ministres un tel projet de loi, le déposer sur le bureau de l'Assemblée nationale et en soutenir la discussion devant les assemblées parlementaires. En second lieu a été déterminé le périmètre précis de cette loi spéciale, qui ne peut contenir de mesures nouvelles d'ordre fiscal (notamment relatives à l'indexation sur l'inflation du barème de l'impôt sur le revenu) mais qui, en revanche, peut autoriser l'État à emprunter. En troisième lieu, de manière plus précise, jusqu'à l'entrée en vigueur des lois financières pour 2025, les prélèvements opérés sur les recettes de l'État au profit des collectivités locales sont évalués et répartis (art. 2), de

même que le recours à des emprunts pour couvrir l'ensemble des charges de trésorerie (art. 3) ainsi que les organismes de sécurité sociale habilités à recourir à des ressources en vue de la couverture de leurs besoins de trésorerie (art. 4). En l'absence du vote de la loi de finances en temps utile (art. 47 C), c'est la deuxième fois, après la loi du 30 décembre 1979 consécutive à la censure prononcée par le Conseil constitutionnel (79DC du 24 décembre 1979), que cette procédure exceptionnelle a été mise en œuvre (v. P. Avril et J. Gicquel, *CCF. D'un septennat à l'autre*, 1983, p. 288). La loi spéciale de 2024 a été adoptée à l'unanimité par les deux assemblées.

V. *Amendements. Assemblée nationale. Bicamérisme. Gouvernement. Lois financières. Président de la République.*

LOIS FINANCIÈRES

Sans préjudice de la loi spéciale de finances, ces dernières se déclinent en loi de finances et loi de financement de la sécurité sociale.

I. *Projet de loi de finances.* De manière innovante sous la V^e République, la première partie n'a pas été adoptée par l'Assemblée nationale, le 12 novembre. En application de l'article 119, alinéa 3, du règlement, l'ensemble du projet de loi a été considéré comme rejeté. Il a été transmis au Sénat. Il en a été de même, le 19 novembre, de la première partie du projet de loi de finances de fin de gestion pour 2024, avec des conséquences identiques pour le texte dans son ensemble. Si cette dernière a finalement été adoptée par le Parlement (loi 2024-1167 du 6 décembre) (*JO*, 7-12), le renversement du gouvernement Barnier, le

4 décembre, a entraîné la suspension de la discussion du PLF 2025, eu égard à l'impossibilité d'aboutir à la promulgation de la loi avant le 31 courant.

II. *Projet de loi de financement de la sécurité sociale.* Fait sans précédent depuis 1996, l'Assemblée nationale n'a pu émettre de vote en première lecture sur l'ensemble du projet de loi dans un délai de vingt jours. En application de l'article 47-1 de la Constitution, le texte – concrètement, le projet initial tel qu'il a été modifié par quelques amendements retenus par le gouvernement (art. LO 111-7 du code de la sécurité sociale) – a été transmis, le 5 novembre, au Sénat (cette *Chronique*, n° 186, p. 163). Le projet de loi tel qu'issu des travaux de la commission mixte paritaire a été rejeté par les députés en raison de l'adoption, le 4 décembre, d'une motion de censure en réplique à l'engagement de la responsabilité du gouvernement Barnier (art. 49, al. 3 C). La loi ne pouvant pas, elle non plus, être promulguée avant le 31 décembre, le Conseil d'État, évoquant les exigences de la continuité de la vie nationale et du respect des principes constitutionnels de protection de la santé et d'accès à des moyens convenables d'existence garantis par le Préambule de 1946, a estimé, le 9 décembre, que la loi spéciale pouvait autoriser les organismes concourant au financement des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale à recourir à des ressources non permanentes.

III. *Loi d'approbation des comptes de la sécurité sociale pour 2023.* Le refus de l'Assemblée nationale d'adopter, le 19 juillet, le projet de loi a été accompagné d'une position identique pour le Sénat, le 15 octobre. Le texte a donc été définitivement rejeté (cette *Chronique*, n° 188, p. 154).

IV. *Loi d'approbation des comptes pour 2023 et loi de fin de gestion 2024*. Les projets de loi respectifs ont été rejetés par l'Assemblée nationale, en première lecture, le 14 octobre puis le 19 novembre.

V. *Modification de la LOLF du 1^{er} août 2001*. Après déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel (873DC), la loi organique 2024-1177 du 13 décembre porte réforme du financement de l'audiovisuel public. À cet effet, l'article 2 (premier alinéa du II) de la loi organique du 1^{er} août 2001 est ainsi complété : « Un montant déterminé d'une imposition de toute nature peut, sous les mêmes réserves, être directement affecté aux organismes du secteur public de la communication audiovisuelle » (JO, 14-12).

V. *Assemblée nationale. Bicamérisme. Commission mixte paritaire. Gouvernement*.

MINISTRES

– *Bibliographie*. S. Lecornu, *Vers la guerre ?*, Paris, Plon, 2024 ; J.-Chr. Petitfils (dir.), *Les Grands Ministres qui ont fait la France*, Paris, Perrin, 2024.

– *Actes de procédure*. S'agissant de l'affaire Renault-Ghosn, la Cour de cassation a rejeté, le 14 octobre, deux pourvois formés par Mme Dati (*Le Monde*, 17-12) (cette *Chronique*, n° 192, p. 155). Le parquet national financier a requis un procès contre celle-ci pour corruption et trafic d'influence, le 15 novembre (*Le Monde*, 17/18-11).

– *Attributions*. Selon un formalisme différencié, celles des ministres de plein

exercice, pour mémoire, sont fixées par décret du président de la République après avis du Conseil d'État, le conseil des ministres entendu, tandis que celles des ministres délégués le sont au vu des attributions du ministre de rattachement.

– *Cabinets ministériels*. Aux termes du décret 2024-1199 du 23 décembre, le cabinet d'un ministre ne comprend pas plus de quinze membres. Celui d'un ministre auprès d'un ministre de plein exercice, comme celui d'un ministre délégué, ne peut compter plus de dix membres (JO, 24-12) (cette *Chronique*, n° 192, p. 156).

– *Condamnation*. Mme Firmin Le Bodo, ancienne ministre de la Santé, a été condamnée lors d'une audience de comparution, le 14 octobre, sur reconnaissance préalable de culpabilité, pour des cadeaux reçus de la part des laboratoires URGO en sa qualité de pharmacienne (*Le Monde*, 23-10) (cette *Chronique*, n° 189, p. 166).

– *Cumul des mandats*. De manière inattendue, la question a été relancée par M. Bayrou, Premier ministre. Il a justifié, à cet effet, sa volonté de demeurer maire de Pau, à l'instar de certains de ses prédécesseurs (Pierre Mauroy à Lille ; Gaston Defferre à Marseille ; Jacques Chaban-Delmas et Alain Juppé à Bordeaux), en s'y rendant, le 16 décembre, de préférence à Mayotte. À cet égard, il a observé devant les députés, le lendemain, qu'« il y a une rupture [...] entre la vie de la province et le cercle des pouvoirs à Paris ». Ce « microcosme parisien » avait été dénoncé par M. Barnier. Au reste, ce dernier, le 17 novembre, s'était, en clôture des Assises des départements de France, dit favorable à une réflexion sur une modification des contours de

l'interdiction du cumul des mandats. De son côté, le président du Sénat a estimé que « la proportionnelle ne peut se faire sans rétablissement de la possibilité pour un député ou un sénateur de coupler son mandat national avec un mandat exécutif local » (*Le Monde*, 19-12).

– *Mise en cause*. S'agissant de la dégradation des finances publiques, des auditions de l'ex-ministre de l'Économie M. Le Maire, puis des anciens Premiers ministres Mme Borne et M. Attal, ont été organisées, en novembre, par une mission d'information du Sénat et, en décembre, par une commission d'enquête de l'Assemblée nationale. Le rapport sénatorial, fort critique, faisant notamment état d'« irresponsabilité », d'« inconscience » et de « déni collectif » sur la situation des finances publiques, a été qualifié par les anciens ministres, lors d'une conférence de presse commune, le 19 novembre, de « réquisitoire d'opposants politiques [...] truffé de mensonges ».

– *Vie privée*. Sans verser dans le jansénisme, force est cependant de relever que la photographie de M. Kasbarian, ministre de la Fonction publique du gouvernement Barnier, et de son compagnon dans *Paris-Match*, fin novembre, a manqué, manifestement, à la retenue et à la dignité de la fonction (cette *Chronique*, n° 187, p. 180).

V. *Conseil des ministres. Gouvernement. Premier ministre. Président de la République. République. Responsabilité du gouvernement.*

NOUVELLE-CALÉDONIE

– *Nouveau report des élections au congrès et aux assemblées de province*. Après déclaration de conformité par le Conseil

constitutionnel (872DC), la loi organique 2024-1026 du 15 novembre, issue d'une proposition socialiste, porte report du renouvellement général des dites assemblées au plus tard le 30 novembre 2025. La liste électorale spéciale sera actualisée dix jours avant la date du scrutin. Le législateur a estimé que, dans la situation de crise insulaire née des émeutes de mai 2024, les conditions d'organisation de ce scrutin n'étaient pas réunies, au point de justifier un nouveau report par rapport à celui prévu par la loi organique du 15 avril 2024 (cette *Chronique*, n° 191, p. 166) (*JO*, 16-11). Sans préjudice du rattachement initial de la Nouvelle-Calédonie au Premier ministre, M. Barnier, par le biais d'un ministre auprès de celui-ci (cette *Chronique*, n° 192, p. 150), puis la création du ministère des Outre-mer dans le gouvernement suivant, une mission commune des présidents des assemblées parlementaires s'était rendue, courant novembre, à Nouméa.

V. *Révision de la Constitution.*

ORDRE DU JOUR

– *Aménagement souhaité*. Au cours de sa déclaration de politique générale, le 1^{er} octobre, à l'Assemblée nationale, M. Barnier s'est prononcé pour un « partage de l'ordre du jour plus important entre le gouvernement et le Parlement [...] pour accueillir des propositions de loi transpartisanes ambitieuses pour le pays ». Le Premier ministre a souhaité, compte tenu de son « socle commun », « moins de textes examinés par les députés mais plus de temps pour en débattre » (*Le Monde*, 3-10). Une déclaration d'intention sans suite, du fait de la censure ultérieure.

– *Journée mensuelle des groupes minoritaires et d'opposition (art. 48, al. 5 C)*. La

première de la XVII^e législature à l'Assemblée nationale, accordée au groupe RN, le 31 octobre, a été émaillée de rappels au règlement, d'invectives personnelles et de provocations diverses et variées. Des moments de tension ont notamment été perceptibles lorsque le rapporteur de la proposition de loi relative à l'abrogation de la réforme des retraites (en rappelant que la présidente de l'Assemblée nationale avait préalablement décidé d'opposer l'article 40 C à des amendements visant à rétablir le texte dans sa version originelle) décida de rendre public le nom de députés s'étant opposé au texte en commission.

Le recours à la technique du « *name and shame* » a aussi été sollicité, le 2 novembre, lorsqu'une proposition de loi à l'objet identique a été discutée dans le cadre de la journée du groupe FI-NFP. Afin de jouer la montre pour éviter le vote final sur le texte avant minuit (cette *Chronique*, n° 190, p. 173), huit cent soixante amendements ont été déposés par les députés du « socle commun », tandis que les membres du gouvernement ont motivé longuement leurs positions. Comme il fallait s'y attendre, les débats, ponctués de rappels au règlement ou de suspensions de séance, ont été houleux, en raison de provocations verbales incessantes et même d'une altercation physique entre députés en guise d'acmé. Dans un communiqué adressé le lendemain, Mme Yaël Braun-Pivet a tenu « à rappeler que les invectives et les altercations n'ont pas leur place dans l'hémicycle », déplorant « le triste spectacle donné aux Français à cette occasion ».

V. Assemblée nationale. Séance.

PARLEMENT

– *Bibliographie*. M.-E. Boggio-Motheron, *Les Pratiques parlementaires, étude en*

droit constitutionnel franco-britannique, thèse, Orléans, 2024 ; G. Sutter, « Le droit budgétaire parlementaire : sources, principes et procédures », *RFDC*, n° 139, 2024, p. 789.

– *Ajournement temporaire des travaux*. Les activités des deux assemblées ont été ajournées, le 4 décembre, une fois la motion de censure visant le gouvernement Barnier adoptée. En effet, sans membre du gouvernement présent sur le banc des ministres, aucune discussion législative ne pouvait être tenue ni aucune séance de questions au gouvernement organisée. En revanche, les travaux des commissions législatives et d'enquête ont pu continuer.

– *Contrôle de l'action du gouvernement (art. 24 C)*. Une expérimentation, en vue de l'organisation des semaines appropriées, a été décidée, le 5 novembre, par la conférence des présidents, à compter de janvier 2025. Une distinction sera établie entre, d'une part, les séances dites thématiques (une par groupe et par session) sur un thème fixé, à l'initiative d'un groupe, huit semaines avant la semaine de contrôle, afin de permettre la désignation de trois rapporteurs (deux de l'opposition et un de la majorité) et la rédaction d'une note, et, d'autre part, les séances dites carte blanche (deux par groupe et par session) correspondant à des séances (revêtant l'un des formats suivants : questions, débat en séance ou débat en salle Lamartine) sur un thème fixé, toujours à l'initiative d'un groupe, trois semaines avant la semaine de contrôle.

– *Dotations budgétaires*. À l'exemple de la dotation de la présidence de la République, celles de l'Assemblée nationale et du Sénat pour 2025 ne sont finalement pas augmentées (*Le Figaro*, 16-10).

– *Mission commune des présidents des assemblées.* Cas unique sous la V^e République, à l’invitation du Premier ministre, M. Barnier, dans sa déclaration de politique générale, Mme Yaël Braun-Pivet et M. Gérard Larcher se sont rendus en Nouvelle-Calédonie, du 9 au 14 novembre. Au titre d’une méthode basée sur l’écoute, ils sont parvenus à renouer le dialogue entre les indépendantistes et les loyalistes autour d’une table commune, en vue d’un apaisement, en prélude à une solution à la crise ouverte le 13 mai dernier (entretien au *Monde*, 10-13/11). Indépendamment de leur participation au dénouement de la crise politique née de la censure du gouvernement Barnier, ils ont été conviés à la réunion du 19 décembre à Matignon. Par ailleurs, ils avaient été naguère à l’initiative, le 12 novembre 2023, d’une marche civique, à Paris, contre l’antisémitisme (cette *Chronique*, n° 189, p. 167).

– *Régime des actes administratifs pris par un gouvernement démissionnaire.* Une mission flash de l’Assemblée nationale a procédé, en novembre, à des auditions de l’ancien Premier ministre M. Gabriel Attal et des membres de son gouvernement.

V. *Assemblée nationale. Gouvernement. Nouvelle-Calédonie. Sénat.*

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations.* Ont été désignés les députés suivants : le 28 octobre, Mme Rist (EPR) (Loiret, 1^{re}) sur la ménopause ; le 15 novembre, Mme Josso (Dem) (Loire-Atlantique, 7^e), en collaboration avec Mme Guillotin, sénatrice (RDSE) (Meurthe-et-Moselle), sur la soumission chimique des femmes (une mission déjà instituée en avril 2024 mais ayant dû cesser ses

travaux en raison de la dissolution de l’Assemblée nationale) ; le 8 novembre, M. Marion (EPR) (Loir-et-Cher, 3^e) sur la restitution de restes humains appartenant aux collections publiques ; et, le 9 décembre, Mme Louwagie (DR) (Orne, 2^e) sur la simplification administrative.

V. *Assemblée nationale. Sénat.*

PARTIS POLITIQUES

– *Financement de la vie politique.* Les députés de la nouvelle législature ont indiqué leur rattachement à un parti (*JO*, 4-12), ainsi que les sénateurs (bureau du 12 décembre) (Senat.fr).

173

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République.*

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Délégalisation.* À propos des agents chargés de réaliser des enquêtes de recensement (loi du 27 février 2022 relative à la démocratie de proximité), le Conseil constitutionnel a procédé au déclassement de la disposition concernée (309L) (*JO*, 19-10). De la même façon, une disposition législative (art. L. 541-4-3 et L. 541-4-5 du code de l’environnement) qui se borne à « fixer des modalités » revêt un caractère réglementaire (310L) (*JO*, 13-12).

V. *Loi.*

PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie.* G. Tabard, « Mandats locaux, fonctions partisans, candidatures élyséennes : quel fut le parcours de François Bayrou ? », *Le Figaro*, 18-12.

– *Anciens Premiers ministres : la singularité du gouvernement Bayrou*. Pour la première fois sous la V^e République, deux d’entre eux, Mme Borne (2022-janvier 2024) et M. Valls (2014-2016), respectivement sous les présidents Macron et Hollande, ont été nommés ministres d’État aux deuxième et troisième rangs protocolaires, chargés des domaines inédits de l’éducation nationale et de la recherche, pour l’une, des outre-mer, pour l’autre (décret du 23 décembre) (*JO*, 24-12). Le retour précipité et particulier de l’ancienne Première ministre, en dépit de son impopularité, liée à l’usage répété de l’article 49, alinéa 3 C (à vingt-trois reprises) et au vote de la loi du 14 avril 2023 sur les retraites, peut s’expliquer par la gravité de la situation, à défaut du remords présidentiel de sa révocation, en début d’année.

À ce jour, hors entrée à l’Élysée (Georges Pompidou en 1969, Jacques Chirac en 1995) ou au Conseil constitutionnel (Lionel Jospin en 2014, Laurent Fabius en 2016 et Alain Juppé en 2019), seuls quatre anciens hôtes de Matignon avaient rejoint ultérieurement un gouvernement. Ainsi, pour mémoire, Michel Debré (1959-1962) a exercé des responsabilités ministérielles à l’Économie et aux Finances (1966-1968), aux Affaires étrangères (1968-1969) et à la Défense (1969-1973) ; M. Fabius (1984-1986) a rallié l’Économie et les Finances (2000-2002) et les Affaires étrangères (2012-2016) ; M. Juppé (1995-1997) a été par la suite à la Défense (2010-2011) et aux Affaires étrangères (2011-2012) ; et M. Ayrault (2012-2014) a occupé le Quai d’Orsay (2016-2017). Au surplus, le coût des anciens Premiers ministres a été mis en cause au regard de l’augmentation de 11 % de leurs dépenses, un rapport de l’Assemblée nationale invitant certains ex-colocataires de Matignon à être « davantage

mesurés dans leurs dépenses » (doc. parl. n° 468). Au reste, M. Barnier a fait référence à cette situation (entretien sur TF1-France 2, 3-12).

– *Autorité ?* La ligne du gouvernement, « c’est moi qui la fixe », a affirmé M. Barnier (entretien sur France 2, 3-10), sachant que le temps dont il dispose « dépend de l’Assemblée ». À cet égard, il s’est inscrit dans une perspective de rupture, en matière budgétaire, avec le choix de l’augmentation des impôts, à rebours de la doctrine du président Macron, et dans la méthode afférente à la Nouvelle-Calédonie. En revanche, lors de la discussion budgétaire, l’unité de vote au sein du « socle commun » n’a pas été pleinement réalisée (cette *Chronique*, n° 192, p. 153). Devant la menace de la censure par l’Assemblée nationale, M. Barnier a recherché, en vain, l’appui de l’opinion publique contre « le microcosme parisien » (entretien sur TF1-France 2 précité).

– *Démission*. Censuré, le 4 décembre, par l’Assemblée nationale, M. Barnier a présenté, le lendemain, sa démission au chef de l’État, ainsi que celle de son gouvernement (art. 50 C). Trois mois, jour pour jour, après sa nomination à Matignon (cette *Chronique*, n° 192, p. 158).

– « *L’anti-Jupiter* ». C’est en ces termes que M. Barnier s’est présenté, sur France 2, à l’émission « L’Événement », le 3 octobre. « Je n’ai pas la science infuse », a-t-il ajouté.

– *Le recours*. Au soir de la formation de son gouvernement, le 23 décembre, M. Bayrou a affirmé, sur BFMTV : « J’ai toujours pensé qu’on ne me proposerait cette mission que quand le pays irait très mal », en référence à « la situation la plus difficile depuis la guerre », la France

étant dépourvue de budget et de majorité (BQ, 24-12).

– *Nomination.* M. François Bayrou, 73 ans, est devenu le vingt-sixième Premier ministre de la V^e République (décret du 13 décembre) (JO, 14-12), soit le quatrième de l'année 2024, un comble. Président du MoDem depuis 2007, maire de Pau (Pyrénées-Atlantiques) à l'issue du scrutin de 2014, au terme d'une carrière locale, ancien député, ancien représentant au Parlement européen, ancien ministre de l'Éducation nationale (1993-1995), éphémère garde des Sceaux du président Macron en 2017, il a été, à trois reprises, candidat à l'élection présidentielle (2002, 2007 et 2012) et faiseur de roi, en 2012 pour M. Hollande et en 2017 pour M. Macron, au scrutin de ballottage. En 2020, il avait été désigné haut-commissaire au plan (cette *Chronique*, n° 176, p. 175). Dans l'affaire des assistants du MoDem au Parlement européen, il demeure cependant concerné, le parquet ayant fait appel de sa relaxe, en 2024 (cette *Chronique*, n° 190, p. 157). Nommé un vendredi 13, à la date anniversaire d'Henri IV, M. Bayrou s'inscrit dans la continuité de sa politique de « compromis » et « réconciliation », à la lumière de son ouvrage *Henri IV, le roi libre* (1994).

– « *Opinion* » et suivi en matière de domaines partagés. Sur France 2, le 3 octobre, M. Barnier a repris l'image parlementaire de la partition : « Le président préside, le gouvernement gouverne » (cette *Chronique*, n° 192, p. 164), « C'est un président de la République, donc je le respecte », sans hésiter pour autant à donner « [son] opinion » (*Le Monde*, 5-10). À la réflexion, un euphémisme dissimulant dans les domaines partagés avec M. Macron une compétition feutrée mais néanmoins

réelle. À preuve, le précédent en matière européenne. À Bruxelles, le 17 octobre, le Premier ministre a participé à la réunion du Parti populaire européen, formation dominante de l'Union européenne (*Le Monde*, 18-10), à la veille de la réunion du Conseil, en présence de M. Macron, consacrée à l'immigration illégale. Or, le lendemain, M. Barnier, accompagné de M. Retailleau, s'est rendu à la frontière franco-italienne de Menton, dans le cadre d'une « nouvelle page » de la coopération bilatérale, en écho au durcissement de la politique européenne et à la position en la matière de Mme Meloni, présidente du Conseil italien (*Le Monde*, 20/21-10).

175

– *Recours à l'article 49, alinéa 3 C.* Estimant avoir épuisé les ressources de la négociation avec les chefs des groupes parlementaires, en particulier avec celui du RN, sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2025, après une ultime réunion du gouvernement, M. Barnier a engagé, le 2 décembre, la responsabilité de celui-ci. Le dernier recours de ce type remontait à Mme Borne, en octobre 2023 (cette *Chronique*, n° 189, p. 170). Deux motions de censure ont été déposées, par le NFP et le RN, en réplique ; la première a obtenu la majorité des suffrages exigée (331 voix sur les 288 requises), le surlendemain (*Le Monde*, 6-12). À l'opposé de Mme Borne, M. Barnier a laissé à l'Assemblée le soin de délibérer, quitte à saisir le Sénat en cas de dépassement du délai de lecture. Préalablement, il s'était adressé à l'opinion publique, le 26 novembre et le 3 décembre, à la télévision, en mettant en garde contre « la tempête et les difficultés » qui ne manqueraient pas de se lever en matière économique et financière en cas de censure du gouvernement.

– *Santé*. Après avoir subi une légère intervention chirurgicale d'une lésion cervicale, M. Barnier a repris ses activités, le 28 octobre, et participé au conseil des ministres du 30 courant (*Le Figaro*, 29-10). Le dernier précédent remontait à 1984 avec Pierre Mauroy, hospitalisé pour une pneumopathie aiguë (*Le Monde*, 28-10).

176 – *Titre*. Comme ses prédécesseurs (cette *Chronique*, n° 192, p. 159), M. Bayrou a été chargé de « la planification écologique » et « énergétique » (décret du 23 décembre) (*JO*, 24-12). Sur sa proposition, le président de la République a nommé les membres de son gouvernement.

V. *Conseil des ministres. Ministres. Nouvelle-Calédonie. Président de la République. République. Responsabilité du gouvernement. Révision de la Constitution.*

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. P. Albertini, *Giscard, le président qui osa*, Paris, L'Archipel, 2024 ; M. Joly, *La Pensée perverse au pouvoir*, Anamosa, 2024 ; R. Bacqué, A. Chemin et I. Trippenbach, « Le président et son double », *Le Monde*, 20/24-12 ; Cl. Gatinois et S. de Royer, « Depuis la dissolution, le lent crépuscule d'Emmanuel Macron », *Le Monde*, 1^{er}/2-12 ; H. Mathoux et L. Nadau, « Le macronisme, autopsie d'un échec politique », *Marianne*, 12-12 ; S. de Royer, « Macron au miroir de son propre effacement », *Le Monde*, 6-11 ; J.-É. Schoettl, « La condamnation de Nicolas Sarkozy porte à son apogée la pénalisation de la vie politique », *Le Figaro*, 20-12.

– *Anciens présidents*. MM. Sarkozy et Hollande, en témoignage de solidarité

contre l'antisémitisme, ont été présents, aux côtés de leur successeur, au Stade de France, le 14 novembre, au match de football France-Israël (*Le Figaro*, 15-11). Ils ont été invités, le 7 décembre, à la cérémonie de réouverture de la cathédrale Notre-Dame de Paris, à rebours des présidents des assemblées parlementaires (*Le Figaro*, 9-12).

Pour la première fois sous la République, un ancien président a été condamné définitivement à une peine de prison ferme (sous bracelet électronique). La Cour de cassation a rejeté, à cet égard, le 18 décembre, le pourvoi formé par M. Sarkozy dans l'affaire des écoutes, dite Bismuth (cette *Chronique*, n° 187, p. 183), pour corruption et trafic d'influence à trois ans de prison, dont un ferme, et trois ans d'inéligibilité. Abstraction faite d'un éventuel décret présidentiel de grâce (art. 17 C), la peine est exécutive. L'intéressé a saisi la CEDH, mais le recours n'est pas suspensif (*Le Monde*, 20-12). Une condamnation historique ; Jacques Chirac avait bénéficié d'un sursis, en 2011 (cette *Chronique*, n° 141, p. 177).

– *Aveu*. À l'occasion de la présentation des vœux à ses compatriotes, le 31 décembre, le chef de l'État s'est expliqué sur la dissolution insolite du 9 juin dernier (cette *Chronique*, n° 192, p. 159). Il a reconnu que celle-ci « a apporté pour le moment davantage de divisions à l'Assemblée nationale que de solutions pour les Français ». Et de préciser : « Si j'ai décidé de dissoudre, c'était pour vous redonner la parole, pour retrouver de la clarté et éviter l'immobilisme qui menaçait. La lucidité et l'humilité commandent de reconnaître qu'à cette heure cette décision a produit plus d'instabilité que de sérénité. Et j'en prends toute ma part » (*Le Monde*, 3-1). Dont acte.

– *Budget*. À l’instar des assemblées parlementaires, la présidence a vu sa dotation pour 2024 reconduite pour 2025, à l’issue du conseil des ministres, le 15 octobre (*Le Figaro*, 15-10).

– *Capacité d’action présidentielle*. Les défaites électorales du chef de l’État en 2024 ont été à l’origine, pour l’essentiel, du repli de son pouvoir sur la défense et la diplomatie, le gouvernement Barnier se réclamant de l’autorité que lui confère l’article 20 C (cette *Chronique*, n° 192, p. 164).

– *Chef des armées*. M. Macron s’est rendu, le 9 octobre, au camp de Mourmelon (Marne), auprès de la brigade ukrainienne en voie de formation (cette *Chronique*, n° 191, p. 170). Il a pris la défense, au conseil des ministres du 15 octobre (*Le Monde*, 17-10), de la force intérimaire des Nations unies au Liban (la Finul, composée d’un fort contingent français) attaquée par l’armée israélienne. Comme naguère, en avril (cette *Chronique*, n° 191, p. 170), la France, aux côtés des États-Unis, a apporté son soutien, le 1^{er} octobre, à la défense antiaérienne d’Israël, confrontée à des missiles tirés depuis l’Iran (*Le Monde*, n° 3-10).

Le chef de l’État a partagé, le 20 décembre, le repas de Noël avec les membres français de la base de Djibouti. « Ma plus grande fierté, c’est vous » (*Le Monde*, 21-12).

– *Conseil de défense*. Le président de la République a réuni, le 1^{er} octobre, un conseil consacré à la situation au Moyen-Orient, après les tirs de missiles de l’Iran de ce jour et les opérations militaires d’Israël au Liban. La France s’est rangée derrière Israël (*Le Figaro*, 2-10).

– *Destitution (art. 68 C)*. La procédure enclenchée contre le chef de l’État a été rejetée par la commission des lois de l’Assemblée nationale, le 2 octobre, par 54 voix contre et 15 pour (cette *Chronique*, n° 192, p. 156). Par suite, la conférence des présidents, réunie le 8 courant, n’a pas inscrit la discussion de la résolution en séance publique. Le groupe FI-NFP, à l’origine de la demande, en a déposé une nouvelle, identique à la première, déclarée recevable par le bureau le 20 novembre, mais qui n’a pas été étudiée par la commission des lois en raison de l’absence d’éléments nouveaux susceptibles de justifier un nouvel examen. À l’issue du vote de la censure du gouvernement Barnier, le 4 décembre, Mme Panot (FI) a demandé la démission du président de la République, à l’instar de Mme Le Pen (RN). Coïncidence, cent ans après celle de Millerand ?

– *Diplomatie européenne*. « Pour moi, la première priorité est l’échelle européenne », a proclamé, le 4 octobre, le chef de l’État, en retrait de la vie nationale (*Le Monde*, 6/7-10). Il a participé, seul, au Conseil européen du 17 courant. Au lendemain de l’élection de M. Trump à la présidence américaine, il a manifesté, à nouveau, son souci de construire une défense européenne autonome, « plus souveraine », lors de la rencontre à Budapest de la Communauté politique européenne, le 7 novembre. Il a considéré que « le monde est fait de carnivores et d’herbivores » : « Si on décide de rester des herbivores, les carnivores gagneront, ce serait pas mal au moins de décider d’être des omnivores » (*Le Monde*, 9-11).

En dernier lieu, M. Macron s’est déclaré hostile à la signature du traité Mercosur, au lendemain du G20 à Rio de Janeiro, le 19 novembre, en harmonie avec la représentation nationale (*Le Monde*, 8-12),

d'une part ; en raison de son déplacement à Mayotte, le 19 décembre, il n'a pas siégé au Conseil européen, où il a été remplacé, selon une convention franco-allemande, par le chancelier Scholz, d'autre part.

– *Diplomatie internationale*. Le président de la République a œuvré pour la paix au Liban. Sa politique vis-à-vis d'Israël a été tourmentée. Crispée dans un premier temps, elle s'est apaisée avec l'entrée en vigueur, le 27 novembre, de l'accord de trêve entre Israël et le Hezbollah, sous l'égide des États-Unis et de la France, après deux mois d'hostilités (*Le Monde*, 29-11).

178

I. Tout en affirmant, initialement, que la France est « l'amie indéfectible l'Israël », le 5 octobre, à l'issue de la conférence de la francophonie réunie à Villers-Cotterêts (Aisne), le président Macron s'est prononcé pour l'arrêt des livraisons d'armes à ce dernier et un cessez-le-feu au Liban. « Honte », s'est indigné le Premier ministre israélien, deux jours avant la commémoration de l'agression du 7 Octobre. Tandis que les familles des otages franco-israéliens étaient reçues à l'Élysée, M. Barrot était présent à la cérémonie de Tel-Aviv, M. Barnier à celle du Crif, à Paris, à l'occasion de laquelle le nom du chef de l'État a été sifflé (*Le Monde*, 8/9-10). De surplus, en conseil des ministres, le 15 courant, ce dernier a dénoncé les agressions dont la force des Nations unies au Liban était l'objet de la part de l'armée israélienne : « M. Netanyahu ne doit pas oublier que son pays a été créé par une décision de l'ONU de novembre 1947 ! » (*Le Monde*, 17-10). Une conférence internationale d'aide au Liban s'est tenue à Paris, au moment d'une âpre polémique, le chef de l'État retournant *ex abrupto* l'argument de la « guerre barbare » avancé par Israël contre ce dernier (LCI, 24-10).

II. Cependant, chemin faisant, le président Macron a manifesté contre l'antisémitisme, après de graves incidents à Amsterdam, en assistant, le 14 novembre, à la rencontre de football France-Israël. Puis, le 27 courant, en se prononçant, à l'unisson du Quai d'Orsay, pour une interprétation restrictive de l'arrêt de la Cour pénale internationale de la semaine précédente. À cet égard, ceux-ci bénéficieraient d'une immunité car Israël, en ne signant pas le statut de Rome, n'aurait pas renoncé aux immunités de ses dirigeants (*Le Monde*, 29-11). L'accord de trêve du 27 novembre en a été facilité.

– *Nomination du Premier ministre : une nouvelle méthode*. Par un décret du 13 décembre, le chef de l'État a nommé M. François Bayrou Premier ministre (*JO*, 14-12), au terme d'une démarche renouvelée par rapport à celle suivie à l'été (cette *Chronique*, n° 192, p. 101), selon le leitmotiv de la stabilité.

I. Le président Macron a, de nouveau, rejeté l'idée d'une démission, avancée par les extrêmes (FI et RN) (cette *Chronique*, n° 191, p. 160) : « Le mandat que vous m'avez démocratiquement confié est un mandat de cinq ans et je l'exercerai pleinement jusqu'à son terme [...]. Le seul calendrier qui m'importe n'est pas celui des ambitions, c'est celui de notre nation. » Fidèle à sa pratique de la temporalité, ou à la recherche du gain de temps, après les cent jours au lendemain de la loi sur les retraites, en 2023 (cette *Chronique*, n° 187, p. 186), il a présenté « les trente mois » de la fin de son mandat, à la manière d'une feuille de route (l'école, la santé, la sécurité, entre autres), pour la formation d'un « gouvernement d'intérêt général » (au risque d'annoncer un pléonasme)

« représentant toutes les forces politiques d'un arc de gouvernement » (allocution du 5 décembre).

II. Le cycle des consultations au palais de l'Élysée, cette fois-ci, a commencé rituellement par celle des présidents des assemblées parlementaires, reçus le 5 décembre. À l'exception du Rassemblement national, ce parti du « désordre », selon M. Macron, et de La France insoumise, qui a décliné l'invitation, ce dernier a reçu séparément les responsables politiques représentés au Parlement, en vue du choix d'un Premier ministre non censurable sur-le-champ. Le camp présidentiel a été auditionné, le 6 décembre, dont les LR, puis le groupe PS, s'émancipant de FI en étant favorable à un accord de non-censure sans recours à l'article 49, alinéa 3 C, en vue de trouver des compromis. Ultérieurement, le chef de l'État a présidé une réunion de concertation desdits partis, le 10 décembre, selon la méthode des rencontres de Saint-Denis de naguère, en 2023 (cette *Chronique*, n° 188, p. 164), à la recherche d'une logique de compromis, afin d'échapper aux extrêmes (*Le Monde*, 11/12-12). Les bases d'un accord de non-censure réciproque, ainsi que le non-recours à une nouvelle dissolution de l'Assemblée nationale, selon l'opinion présidentielle, ont été évoquées (*Le Monde*, 12-12). Après un déplacement en Pologne, le 12 décembre, le président de la République a finalement tranché, le lendemain, en désignant M. Bayrou Premier ministre, contre son gré initial pour M. Lecornu, ministre des Armées. C'est, en effet, au prix d'une épreuve de force que le chef du MoDem, menaçant de quitter le bloc central, a fait plier M. Macron (*Le Monde*, 15/16-12). Au reste, une telle démarche s'était présentée en mai 2022, lorsque le choix de

Mme Vautrin avait été *in extremis* écarté pour celui de Mme Borne sous la pression de M. Bayrou, notamment.

– *Nomination des autres membres du gouvernement (art. 8, al. 2 C)*. Si l'on en juge par le nombre d'échanges et de rencontres avec le Premier ministre après la décade qui a suivi sa nomination, le chef de l'État a exercé son pouvoir d'acceptation des propositions présentées, en rayant à l'évidence des noms avancés (cette *Chronique*, n° 192, p. 162). Cependant, M. Bayrou a repoussé l'idée d'un « affrontement » avec M. Macron (entretien sur BFMTV, 24-12).

– *Perte de contrôle*. Le chef de l'État s'est rendu, le 18 décembre, auprès de ses compatriotes mahorais victimes du cyclone Chido. Confronté à leur désespoir, le lendemain, il s'est emporté : « Je ne suis pas responsable. Vous êtes contents d'être en France. Si c'était pas le cas, vous seriez dix mille fois plus dans la m... ! J'aurais pu me planquer, mais je suis là, parmi vous » (*Le Monde*, 21-12). Un nouveau dérapage verbal qui dégrade la fonction présidentielle (cette *Chronique*, n° 182, p. 178).

– *Politique de la mémoire*. M. Macron a présidé, le 23 novembre, les cérémonies commémoratives de la libération de Strasbourg, en 1944, qui exauçait « le serment de Koufra » prêté par le général Leclerc. Le drame des « malgré-nous », Alsaciens-Mosellans incorporés de force dans l'armée allemande, a été évoqué (*Le Monde*, 25-11).

– *Rencontre avec le Premier ministre*. « Le temps nouveau de la vie du pays », selon M. Macron, a été à l'origine d'une modification d'un rituel avec le Premier ministre, M. Barnier. Le traditionnel

déjeuner du lundi a été remplacé par un entretien en fin d'après-midi, le mardi, à la veille du conseil des ministres, entre les deux têtes de l'exécutif.

180 – *Responsable ?* À propos de la dissolution insolite du 9 juin dernier, le président de la République, dans son allocution du 5 décembre, a précisé : « Cette décision n'a pas été comprise. Je veux bien le reconnaître. Beaucoup me l'ont reproché et je sais que beaucoup continuent de me le reprocher. C'est un fait et c'est ma responsabilité. » Cette dissolution était « inéluctable », a-t-il ajouté, tout en refusant d'assumer « les responsabilités des autres » à propos de la chute du gouvernement Barnier (*Le Monde*, 7-12). Il devait prendre toute sa « part » dans cette décision malencontreuse (vœux du 31 décembre) (*Le Monde*, 3-1). Une responsabilité affirmée mais exonérée de conséquences, du point de vue démocratique.

– *Vœux*. Le président Macron a innové, le 31 décembre, comme l'an dernier (cette *Chronique*, n° 189, p. 174). Dans une brève vidéo, il a commenté en voix « off » les grands événements de l'année qui s'achevait : « Nous avons prouvé que l'impossible n'était pas français. » Puis il a évoqué la situation politique née de la dissolution et annoncé qu'en 2025 ses compatriotes seraient appelés à « trancher certains sujets déterminants » en vue du « ressaisissement » du pays (*Le Monde*, 3-1).

– *Volontarisme : modèle d'action présidentiel*. Il a appartenu au chef de l'État, ainsi qu'il l'a rappelé dans son allocution du 5 décembre, de fixer le « cap » d'un « chantier qu'on croyait impossible » de la reconstruction de Notre-Dame : « Eh bien, nous l'avons fait ! » Ce « cap » s'est décliné, ensuite, pour les Jeux

olympiques et pour les priorités des « trente mois » à venir, qu'il a identifiées, jusqu'à la fin de son mandat (*Le Figaro*, 6-12) et, en dernière analyse, pour la reconstruction de Mayotte dévastée, le 14 décembre : « C'est la France », y a-t-il proclamé, « on ne va pas vous lâcher » (*Le Monde*, 21-12).

V. *Conseil des ministres. Gouvernement. Loi. Ministres. Premier ministre. République.*

QUESTION PRIORITAIRE DE
CONSTITUTIONNALITÉ

– *Contentieux électoral*. De manière ordinaire, le Conseil constitutionnel a statué, sans instruction contradictoire, en application de l'article 16-1 de son règlement, le 27 septembre (6370 AN/QPC) (*JO*, 3-10). Une deuxième QPC a été jugée irrecevable, le 13 décembre (Yvelines, 5°).

– *Observations*. De façon innovante, le président du Sénat en a présenté devant le Conseil constitutionnel (1109 QPC), concernant le droit des chasseurs et le droit de propriété, en vain (art. 23-8 de l'ordonnance du 7 novembre 1958).

V. *Conseil constitutionnel. Contentieux électoral.*

QUESTIONS AU GOUVERNEMENT

– *Questions au Premier ministre*. Expérimentée sans succès au printemps 2024 (cette *Chronique*, n° 190, p. 179), cette formule est réapparue, le 17 décembre, avec une question par groupe, pour des raisons différentes, le nouveau Premier ministre, M. Bayrou, étant en phase de constitution de son gouvernement. Il est à relever qu'un

risque d'inconstitutionnalité de la loi spéciale adoptée pendant la semaine du 16 décembre imposait l'organisation de cette séance (cette *Chronique*, n° 144, p. 177). Initialement, M. Bayrou avait omis, d'un point de vue protocolaire, de saluer la présidente de l'Assemblée, avant de se raviser et de s'excuser (*Le Monde*, 19-12).

V. *Assemblée nationale. Premier ministre.*

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie.* J.-F. de Bujadoux, *L'Épisode Millerand (1920-1924)*, Paris, Dalloz, 2024 ; C. Manson, E. Aubin et E. Guiselin (dir.), *(Re)penser l'université française : de la loi Faure à l'université du XXI^e siècle*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, 2024 ; G. Courtois, « *Le Monde* et la gauche, chronique d'un "je t'aime, moi non plus" », *Le Monde*, 14-11.

– *Deuil national.* Le président Macron a déclaré, par décret, ce deuil, le 19 décembre, en hommage aux victimes du cyclone qui a dévasté le département de Mayotte, le 14 précédent ; les drapeaux ont été mis en berne, le 23 courant, et une minute de silence a été observée, à 11 heures (*JO*, 19-12).

– *Entrée au Panthéon.* À l'occasion du 80^e anniversaire de la libération de Strasbourg, le président Macron a annoncé, le 23 novembre, que l'universitaire et résistant Marc Bloch (1886-1944) y serait transféré (*Le Monde*, 25-11) (cette *Chronique*, n° 190, p. 180).

– « *Front antirépublicain* ». Par cette expression, le chef de l'État a dénoncé l'alliance des voix du NFP et du RN à

l'origine de la censure du gouvernement Barnier, le 4 décembre (allocution du 5 décembre).

– *Laïcité.* Divers aspects sont à citer.

I. *Cérémonie de Hanoukka à l'Élysée.* Dans un arrêt du 30 octobre, le Conseil d'État a estimé que le fait que le Grand Rabbin de France ait, le 7 décembre 2023, allumé une bougie à l'Élysée pour une fête juive n'est pas de nature à considérer que le chef de l'État aurait pris une décision administrative autorisant la tenue d'une cérémonie religieuse (cette *Chronique*, n° 189, p. 175).

II. *Météorologie et réouverture de Notre-Dame de Paris.* La pluie et un vent violent ont empêché, le 7 décembre, le chef de l'État de prendre la parole sur le parvis de la cathédrale, comme prévu initialement, dans le respect de la laïcité. Par suite, pour la première fois, semble-t-il, sous la République, un président s'est exprimé à l'intérieur d'un édifice religieux. Mais il a appartenu à Mgr Ulrich, archevêque de Paris, d'y pénétrer le premier.

À Notre-Dame, M. Macron a salué la volonté de ses sauveteurs et bâtisseurs, à l'image de la sienne, marquée par ses visites du chantier, conformément à son engagement devant la nation, le 16 avril 2019 (cette *Chronique*, n° 171, p. 203). En l'absence du pape François, qui avait décliné l'invitation, tout en adressant un message lu par le nonce, une quarantaine de chefs d'État et de gouvernement, dont M. Zelensky, à l'égal de MM. Trump, président élu des États-Unis, et Musk, ont été conviés à cette cérémonie (*Le Figaro*, 8-1).

Concernant la cérémonie religieuse du lendemain, 8 décembre, pour la consécration de l'autel, M. Macron s'est

abstenu de tout geste liturgique, comme l'an passé lors de la messe pontificale à Marseille (cette *Chronique*, n° 190, p. 166), à l'opposé de sa conjointe, qui a communiqué (*Le Figaro*, 9-12).

III. *Visite papale en Corse.*

M. Retailleau, ministre de l'Intérieur démissionnaire, a accueilli le Saint-Père à Ajaccio, le 15 décembre, à l'occasion de son troisième déplacement en France (cette *Chronique*, n° 188, p. 166). M. Macron s'est entretenu avec le pape, à l'aéroport, au moment de son départ. Le souverain pontife, qui effectuait une visite historique en Corse, a plaidé pour un concept de laïcité « qui ne soit pas statique mais évolutif et dynamique [et] capable de s'adapter à des situations différentes ou imprévues » (*Le Figaro*, 16-1).

– *Langue.* M. Maalouf, secrétaire perpétuel de l'Académie française, a remis, le 14 novembre, au président de la République, « son protecteur », le second tome de la nouvelle édition du dictionnaire de l'Académie, publié chez Fayard. La précédente édition remontait à 1935 (JDNews, 20-11).

Au surplus, tandis que le tribunal administratif de Martinique invalidait, le 3 octobre, une délibération de l'Assemblée de Martinique conférant à la langue créole le statut de « langue officielle » de l'île, la cour administrative d'appel de Marseille a confirmé, le 19 novembre, l'annulation par le juge de première instance des décisions de l'Assemblée de Corse édictant, d'une part, le bilinguisme de ses délibérations et, d'autre part, que « les membres du conseil exécutif de Corse et les agents du secrétariat général du conseil exécutif utilisent les langues corse et française dans leurs échanges oraux, électroniques,

et dans les actes résultant de leurs travaux ». De son côté, la cour administrative d'appel de Toulouse a invalidé, le 12 décembre, le règlement intérieur de la commune d'Amélie-les-Bains-Palalda (Pyrénées-Orientales), qui permettait aux conseillers municipaux de s'exprimer directement en catalan.

– *Repentance.* À l'occasion du 70^e anniversaire du déclenchement de la guerre d'Algérie, le 1^{er} novembre 1954, le président Macron, fidèle à sa démarche mémorielle, a révélé que l'armée française était à l'origine, en 1957, de la mort du leader algérien Larbi Ben M'hidi (*Le Monde*, 3/4-11) (cette *Chronique*, n° 181, p. 183). Mais le chef de l'État a affirmé être « préoccupé », le 24 novembre, par l'arrestation, à Alger, de l'écrivain franco-algérien M. Boualem Sansal.

– *Rituel républicain.* M. Barnier a eu le temps de le respecter dans les jardins de Matignon, le 12 décembre (cette *Chronique*, n° 192, p. 164). L'usage voulant qu'il faut être resté au moins six mois à Matignon a été écarté.

– *Usage.* M. Bayrou, le 17 décembre, lors de la séance des questions à l'Assemblée nationale, a rappelé qu'« il n'est pas d'usage que le Premier ministre et le président de la République quittent en même temps le territoire national », à ceci près que, en l'occurrence, Mayotte... c'est la France, au même titre que Pau, où l'intéressé a présidé une séance du conseil municipal (*Le Monde*, 19-12). Il devait se rendre, finalement, dans l'archipel meurtri par le cyclone, accompagné de ministres, le 30 décembre.

V. *Président de la République.*

RÉSOLUTIONS

– *Article 34-1 C.* Lors de sa séance du 14 novembre, le Sénat a adopté une résolution visant à condamner les actions des rebelles houthis en mer Rouge et à appeler à une action internationale pour protéger le commerce maritime (*JO*, 15-11).

– *Irrecevabilité.* De manière exceptionnelle, à deux reprises, les 9 octobre et 5 novembre, le gouvernement a déclaré irrecevables, car contenant des injonctions à son égard, des propositions de résolution (déposées respectivement, dans le cadre de leur niche, par les groupes RN et FI-NFP) l’invitant à s’opposer à la ratification de l’accord commercial entre l’Union européenne et le Mercosur.

V. *Assemblée nationale. Gouvernement. Sénat.*

RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT

– *La démission du gouvernement Barnier : adoption d’une motion de censure (art. 49, al. 3 C).* La conjonction des voix du NFP et du RN a été à l’origine du renversement de ce dernier, le 4 décembre (331 suffrages pour 288 requis). Le vote s’est déroulé, selon l’habitude, par bulletin nominal, dans les salles avoisinantes de l’hémicycle. C’est la première fois depuis 1958 qu’une motion de censure « combinée » à une question de confiance a provoqué la chute d’un gouvernement. Certes, il s’en était fallu de peu en novembre 1990, soit cinq voix (sur la CSG), et en mars 2023, neuf voix (sur les retraites). Le 5 octobre 1962, le gouvernement Pompidou avait été atteint par une motion de censure « spontanée » (art. 49, al. 2), par 280 voix pour 241 requises.

En application de l’article 50 C, M. Barnier (Premier ministre le plus éphémère de la V^e République) a remis, le lendemain, la démission de son gouvernement au chef de l’État. On s’interrogera sur l’intérêt du décret présidentiel du 5 décembre (*JO*, 6-12) mettant fin aux fonctions du Premier ministre et des autres membres du gouvernement.

Autres victimes collatérales, les conclusions de la commission mixte paritaire sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2025 ont été considérées comme rejetées. Le Sénat en a été saisi sur le plan juridique. Toutefois, au regard de l’impossibilité factuelle que ce texte puisse être promulgué avant le 31 décembre, il a été abandonné.

– *Le rejet d’une motion de censure (art. 49, al. 2 C).* À défaut pour M. Barnier, à l’issue de sa déclaration de politique générale, d’engager la responsabilité du gouvernement, l’opposition a, comme à son habitude (cette *Chronique*, n° 190, p. 181), déposé une motion de censure, le 4 octobre. Cette dernière a été rejetée le 8 courant, ne recueillant que 137 voix sur les 188 requises.

V. *Gouvernement. Ministres. Premier ministre. Président de la République.*

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Abandon : non-convocation du Congrès du Parlement.* En accord avec le président de la République, M. Barnier a annoncé, le 1^{er} octobre, lors de sa déclaration de politique générale, que le projet de loi constitutionnelle relatif à la Nouvelle-Calédonie ne serait pas soumis pour sa ratification au Congrès (art. 89 C) (cette *Chronique*, n° 191, p. 174).

– *Procédure*. Une nouvelle fois (cette *Chronique*, n° 190, p. 161), le président du Conseil constitutionnel a rappelé que la voie de l'article 11 C ne peut être sollicitée afin de réviser la Constitution, « même si celle-ci a été empruntée deux fois dans les années 1960 hors de tout contrôle juridictionnel ». Bref, « il ne saurait y avoir de révision de la Constitution sans un accord préalable des deux assemblées parlementaire » (*Rapport d'activité 2024*, p. 6).

V. Nouvelle-Calédonie.

184 SÉNAT

– *Bureau*. Mme Chain-Larché (LR) (Seine-et-Marne) et M. Mandelli (LR) (Vendée) ont été élus vice-présidents, le 7 novembre.

– *Commémoration*. La séance du 7 novembre a été consacrée à la commémoration de la séance inaugurale de l'Assemblée consultative provisoire du 9 novembre 1944. Le Premier ministre, M. Barnier, a considéré que, « si tout le monde était animé par la mémoire et l'esprit de l'Assemblée consultative provisoire, il serait plus facile de gouverner la France », à l'issue d'une projection inédite dans l'hémicycle.

– *Composition*. Les neuf sénateurs membres du gouvernement Barnier (cette *Chronique*, n° 192, p. 150) ont été remplacés, à l'issue du délai d'option d'un mois, par leurs suppléants ou par le suivant de la liste, le 22 octobre. Mme Lucot Avril (LR) (Seine-Maritime) a publiquement fait état de son arrivée à reculons au Sénat, en raison de

l'obligation qui lui est faite de siéger et donc de quitter sa fonction de maire d'Aumale. « Je peux voir mon avenir au Sénat mais pas tout de suite, pas maintenant et puis pas comme ça », a-t-elle affirmé.

Par ailleurs, M. Basquin (CRCE-K) (Nord) a remplacé, le 7 novembre, M. Bocquet, démissionnaire. M. Ruel (RDSE) (Saint-Pierre-et-Miquelon) a été élu, le 8 décembre.

V. Élections sénatoriales. Gouvernement. Parlement. Question prioritaire de constitutionnalité. Résolutions.

SÉANCE

– *Seconde délibération*. Une demande en ce sens a été faite par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, le 4 novembre. En l'espèce, l'amendement relatif à la « taxe soda », porté par des députés socialistes, initialement rejeté, a été adopté. En revanche, la demande du gouvernement, formulée au Sénat le 1^{er} décembre, concernant de nombreux articles du projet de loi de finances pour 2025, a provoqué de multiples rappels au règlement et le départ de l'hémicycle des membres des groupes SER, EST et CRCE-K.

– *Vote*. Dans une ambiance tendue à l'Assemblée, le président de séance a rappelé, à maintes reprises, la règle selon laquelle un vote est définitivement acquis et un nouveau scrutin ne peut être organisé, sauf à ce qu'une seconde délibération soit demandée (deuxième séance du 5 novembre).

V. Ordre du jour.

SUMMARIES

WHO RESENTS THE RULE OF LAW?

MARIA KORDEVA

The Rule of Law: Conflicting Definitions

While it is not difficult to situate the birth of the *Rechtsstaat* concept in Germany, it is not easy to keep track of it through importations, translations and transformations. The object of so many fantasies, the rule of law refers to very different realities that are sometimes irreconcilable in view of its meandering history: it may refer to the submission of the state to the law, the separation of powers, the protection of rights, the independence of judges, and even the democratic principle. The rule of law is omnipresent as a fan concept that can be deployed ad infinitum and that exerts an enchanting power over lawyers, politicians and journalists. It is probably this unstable definition and this uncertain content that explain its success and leaves the question of how to think the concept of the rule of law in contemporary liberal, democratic systems without a satisfactory answer.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Is the Rule of Law a Western Concept?

To survey the presence of the concept of rule of law outside Europe, a distinction must be made between the word concept (with the problems linked to its translation) and the concept itself (with the problems linked to its definition). Such a survey can be carried out spatially by studying the presence of the various wordings of the rule of law in the present constitutions of the countries of all continents. It can be carried out over time by questioning the existence of the reality of the rule of law (even without the name) in past extra-European judicial systems.

GILLES FERRAGU

Challenging the Rule of Law

The article examines the forms taken by the challenges to the rule of law. Starting from the discourses and ideologies that inspire them, it tries to

highlight the most radical forms taken by these challenges in an approach that can be considered as an archaeology of contemporary terrorism.

PATRICIA RRAPI

“Illiberalism”, or Governments against the Rule of Law

The advent of authoritarian governments based on so-called liberal constitutions has deprived us of words to designate them and of means to identify them. While the concept of “illiberalism” is being currently used to describe these regimes, their aspiration for unfettered power to act, whatever the facade they put on it, refers in reality to a classic ideology of unlimited political power.

STÉPHANIE HENNETTE VAUCHEZ

186 **Jurists against the Rule of Law**

At a time when, in France, leading legal specialists are engaged in a critique of the “excesses” of the rule of law, the article first discusses a number of ambiguities attached to this concept in order to qualify their interventions; it then looks at different jurists’ circles and associations which, while claiming to defend liberties, develop a discourse that is critical of human rights and their unconditional legal protection. Such a discourse marks a break with a period when disagreements were expressed in a shared language that accepted the legitimacy of the judge’s intervention.

CHARLES GIRARD

Freedom of Expression versus the Rule of Law

It is often in the name of liberty itself that fundamental liberties are attacked. The rules which aim to make freedom of expression a reality for all by guaranteeing a pluralist representation of opinions in the media are thus regularly accused of being liberticides. This rhetoric was deployed forcefully in the French public space in February 2024, following a ruling by the Council of State regarding the CNEWS TV channel. The study of this case highlights a strategy that consists in evoking the principles of the rule of law in order to better subvert their implementation.

RENAUD MELTZ

From Secrets to Lies: The Rule of Law against Itself

The Constitution of the Fifth Republic establishes the contract that founds liberal democracy on a requirement for openness. Openness is guaranteed against its reverse, secret, that can be justified but framed and

regulated. The constitutional document does not mention another peril which is not the reverse of openness but a more pernicious poison: a state lie. Nuclear power, in particular military nuclear power, is a textbook case of the slippage from secret to lie, from the derogation of the duty of openness to the desire to deceive the public, in the name of its specificities (its destructive power), its scientific complexity (the layman can't understand) and perhaps also its history, since France acquired the bomb at the end of a clandestine process under the Fourth Republic.

MARIE GOUPY

Economic Law (of Exception) against the Rule of Law

The article looks at the theory of exception developed by two American jurists, Eric Posner and Adrian Vermeule after 9/11 and after the 2008 economic crisis. Following the thought of these authors, one can set up a theoretical and political strategy which consists in making crises and exceptional situations the key to a profound transformation of the (American) liberal state and, more specifically, a means to submit the law to an economic rationale structured around the market model. This strategy refers to certain elements of the German jurist Carl Schmitt's state of exception theory, less in an attempt to attack the rule of law head on than to make it an outdated reality, or even a totally anachronistic "empty word".

187

SOULEF AYAD-BERGOUNIOUX

The Hatred of the Law

What does it mean, to hate the law? The holistic analysis as well as the subjectivist school describe the hatred of the law as an asocial, individual phenomenon. Hatred and anomy are supposed to describe the behaviour of disoriented agents unwilling to abide by the rules that structure life in society, although such a deviance is punished by the authorities. But doctrines and discursive practices that promote hatred of the law emerged at the time of the French Revolution and were the work of counter-revolutionary theorists who saw in the law an abomination contrary to the social order. This reasoning is still largely shared by the most reactionary fringes of the political realm: the contemporary critiques of human rights, or of "human rightsism", continue to perpetrate hatred of the law. The analysis of this historical phenomenon, i.e. clearly dated and located in time, implies a review of the objective conditions of its emergence, the French revolutionary moment, in order to grasp the reasons for its resurgence and efficiency.

AUGUSTIN BERTHOUT

The Rule of Law and Militant Democracy

On the Vicissitudes of a Passionate Relationship

Faced with antidemocratic political organisations, liberal democracy often tends to become “militant” and to establish procedures specifically dedicated to its own protection. As a general rule, research on the notion of militant democracy stresses or justifies the contradictory character of a system that prohibits an anti-democratic political party in order to protect the regime of liberty. The article proposes to pursue this reflection by highlighting the paradoxical links that unite militant democracy and the rule of law: if the latter is both one of the objects and one of the main means of this defence programme, it is also likely to become one of its main collateral victims.

188

MYRIAM BENLOLO-CARABOT AND NUNO PIÇARRA

The CJEU as Defender of the Rule of Law

The Court of Justice of the European Union has imposed itself as a key player to defend the rule of law, in particular in reaction to attacks on the independence of the judiciary in the member states. Since 2018 and its important ruling *Juízes Portugueses*, the Court has fulfilled this function, first of all at the request of national courts, by way of preliminary rulings and as part of infringement proceedings brought by the Commission, as “guardian of the treaties” in the most worrying cases such as Poland.

CHRONICLES

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT

AND CÉLINE LAGEOT

Foreign Chronicles

(October 1st – December 31th, 2024)

JEAN GICQUEL AND JEAN-ÉRIC GICQUEL

French Constitutional Chronicle

(October 1st – December 31th, 2024)

VOTRE REVUE **POUVOIRS** EST EN LIGNE !

www.revue-pouvoirs.fr, c'est :

En accès libre

- l'intégralité des numéros trois ans après leur parution
- l'ensemble des sommaires et des résumés (français et anglais) depuis 1977
- un accès intégral aux chroniques régulières
- plus de 2 000 articles et 160 numéros à télécharger, imprimer et conserver
- un moteur de recherche, un index des auteurs, etc.

Pour les abonnés

- l'accès à l'intégralité des numéros les plus récents dès le jour de parution

POUVOIRS

BULLETIN D'ABONNEMENT

Photocopiez ce formulaire d'abonnement ou recopiez-le sur papier libre et adressez-le à :

Alternatives économiques
12, rue du Cap-Vert
21800 QUETIGNY

Tél. : 03.80.48.10.33

Fax : 03.80.48.10.34

e-mail : cpettinaroli@alternatives-economiques.fr

Veuillez m'inscrire pour :

- un abonnement de 1 an
(4 numéros papier et l'intégralité du site en libre accès)
- un réabonnement à partir du numéro :
(avec l'intégralité du site en libre accès)

Tarifs : 89 € (France) – 94 € (étranger)

M. Mme

Nom :

Prénom :

Adresse :

Code postal : Ville :

Pays :

Téléphone : Fax :

e-mail :

(obligatoire si vous voulez bénéficier de l'accès intégral au site)

Tous les modes de paiement sont acceptés (y compris CB)



© « POUVOIRS », AVRIL 2025
ISSN 0152-0768
ISBN 978-2-02-158975-7
CPPAP 59-303

RÉALISATION : NORD COMPO À VILLENEUVE-D'ASCQ
IMPRESSION : PRÉSENCE GRAPHIQUE À MONTS
DÉPÔT LÉGAL : AVRIL 2025. N° 158975
Imprimé en France

